DIE KONSTRUKTION DER WANDELUNG UND DER MINDERUNG IM BÜRGERLICHEN GESETZBUCH.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

hohen Juristischen Fakultät der Universität Rostock

vorgelegt von

Maximilian Kaulbach

Kammergerichts-Referendar.

ACAD. LUGD BAT. BIBL.

BERLIN 1903.
Druck von Georg Pöllner, Elsasserstrasse 32.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549207_0019

Meinem Onkel Oskar Kaulbach in Dankbarkeit

gewidmet.

Litteratur.

Cosack,	Lehrbuch des deutschen Bürgerl. Rechts, II. Aufl. Bd. I. Jena 1899.
Crome,	System des Bürgerl. Rechts, Bd. II. Erste Hälfte, Tübingen und Leipzig 1902.
Dernburg,	Pandekten, V. Aufl. Band II., Berlin 1897.
Denkschrift zum	Entwurf eines Bürgerl. Gesetzbuches, Berlin 1896.
Eccius,	Die Gewährleistung wegen Mängel der Sache, in Gruchots Beiträgen Band 43.
Endemann,	Einführung in das Studium des Bürgerl. Gesetzbuches, III. Aufl, Band I., Berlin 1898.
Ehrlich,	Die Gewährleistung wegen Mängel der Sache beim Kaufe nach dem Recht des Bürgerl. Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Inaug. Diss., Greifswald 1900.
Fischer-Henle,	Bürgerl. Gesetzbuch, III. Aufl., München 1899.
Flechtheim,	Aufhebungs-Anspruch und Einrede, in Gruchot's Beiträgen, Band 44.
Flechtheim in der	Deutschen Juristen-Zeitung, Jahrg. 1902 No. 13.
Hanausek,	Die Haftung des Verkäufers für die Beschaffenheit der Waare, Berlin 1884.
Haymann,	Zur Frage nach der rechtlichen Natur und prozessualen Behandlung des Wandelungsanspruchs, in Gruchot's Beiträgen, Band 46.
Heuer,	Klagantrag und Urteilstenor bei Wandelungsklagen, in der Hanseatischen Gerichtszeitung, Beiblatt 15. Jahrgang, No. 14.

Kipp, Die Verurteilung zur Abgabe von Willenserklärungen und zu Rechtshandlungen, Kiel und Leipzig 1892.

Kloss, Gewährleistung wegen Mängel oder Fehler der Kaufsache, im Sächsischen Archiv Band 9.

Kuhlenbeck, Von den Pandekten zum Bürgerl. Gesetzbuch, II. Teil, Berlin 1899.

Kuhlenbeck, Die Rechtsprechung des Reichsgerichts in Beziehung auf die wichtigsten Begriffe und Institute des Civilrechts, in der Juristischen Wochenschrift, 30. Jahrg. No. 12-15, 26, 27.

Leistner, Die Haftung des Verkäufers wegen Mängel der Kaufsache, Inaug. Diss., Erlangen 1900.

Lobe, Die Vorschriften des Deutschen Bürgerl. Gesetzbuches §§ 462 und 465 über die Wandelung und ihre praktische Bedeutung, im Sächsischen Archiv Band 9.

Matthiass, Lehrbuch des Bürgerl. Rechts, III. Aufl., Band I., Berlin 1900.

Matthiass, Die Wandelung nach dem Bürgerl. Gesetzbuch, in der Deutschen Juristenzeitung, Jahrg. 1902, No. 9.

Mensing, Beiträge zur Lehre vom Wandelungs- und Minderungsanspruche des Bürgerl. Gesetzbuches, Inaug.-Diss. Bonn 1900.

Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerl. Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Bd. II. Berlin 1888.

Naefe, Die Gestaltung der Wandelung nach § 467 B. G. B. unter kurzer Berücksichtigung der Bestimmungen des Röm. Rechts und des Preuss. Allgm. Landrechts, Inaug.-Diss. Jena 1900

Neumann, Handausgabe des Bürgerl. Gesetzbuches, II. Aufl. Band I. Berlin 1900.

Planck, Bürgerl. Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, I. und II. Aufl. Band II, Berlin 1900.

Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs des Bürgerl. Gesetzbuchs, Band I, Berlin 1897.

Scherer, in der Hanseatischen Gerichtszeitung, Jahrg. 1901, Beibl. No. 22.

Staffel, Ueber die Wirkungen der peremtorischen Einreden nach dem Bürgerl. Gesetzbuch und einige damit zusammenhängende praktische Fragen, im Sächs. Archiv, Band 10.

Steinitz, Die Voraussetzungen der Rechte auf Wandelung und auf Minderung, Inaug.-Diss. Breslau 1901.

Stratmann, Von der Vollziehung der Wandelung und Minderung nach dem Rechte des Bürgerl. Gesetzbuchs, Inaug.-Diss. Rostock 1901.

Werner in „das Recht" Jahrg. 6.

Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts 8. Aufl., Bd. 2, Frankfurt a. M. 1900.

Inhalt.

§ 1. Einleitung: Die Konstruktion der Wandelung und der Minderung vor dem Bürgerlichen Gesetzbuch.

A. Die Konstruktion der Wandelung.

I. Ermittelung der Konstruktion.

§ 2. 1. Gemeinrechtliche- und Vertragstheorie in ihren Grundzügen.

§ 3. 2. Feststellung der Konstruktion aus dem Gesetzestext.

§ 4. 3. Entstehung der Konstruktion aus den Materialien.

II Einwände der Gegner gegen die Vertragskonstruktion.

1. Verhältnis der Vertragskonstruktion zu anderen Gesetzesbestimmungen

§ 5. a) Der Wandelungsmaterie.

§ 6. b) Allgemeinen Inhalts.

2. Praktische Konsequenzen der Vertragskonstruktion.

§ 7. a) Verbindung der Wandelungs- mit der Leistungsklage.

§ 8. b) Vorläufige Vollstreckbarkeit des Urteils.

§ 9. c) Wandelungs-Einwand und Einrede.

§ 10. d) Verjährung des Wandelungs-Anspruchs.

§ 11. e) Wandelung des Kaufes von Grundstücken.

§ 12. f) Mangel der Geschäftsfähigkeit beim Verkäufer.

B. Die Konstruktion der Minderung.

§ 13. 1. Feststellung des Inhalts des Minderungsvertrages.

§ 14. 2. Verhältnis des Minderungsvertrages zu den allgemeinen Vertragsgrundsätzen.

Einleitung.

§ 1.

Die Konstruktion der Wandelung und der Minderung vor dem Bürgerlichen Gesetzbuch.

Das Institut der Wandelung und der Minderung hat seinen Ursprung im römischen Recht, aber nicht schon im römischen Civilrecht, sondern erst im honorarischen Recht.[1])

Nach dem jus civile wurde das Recht des Verkäufers auf den Kaufpreis durch das blosse Vorhandensein von Mängeln nicht beeinträchtigt. Denn dem römischen Civilrecht erschien die Form des einmal gültig abgeschlossenen Kaufvertrages zu fest, um wegen Mängel der Kaufsache wieder verändert werden zu können.

Dies starre Festhalten an der Form stellte sich aber als sehr unbillig heraus, als in Rom ein reger Marktverkehr enststand. Deshalb kamen die curulischen Aedilen, die den Markt beaufsichtigten und die Jurisdiktion in Marktsachen hatten, dem Käufer zu Hülfe. Sie gaben ihm zur Entkräftung des Kaufvertrages actio redhibitoria und actio quanti minoris. Die beiden Klagen zwingen den Verkäufer, von seinem Recht auf Zahlung des Kaufpreises ganz oder teilweise Abstand zu nehmen. Die erste geht auf volle Rückgabe des gezahlten Preises, die zweite auf verhältnismässige Minderung.

Beide Klagen, die die Aedilen geschaffen haben, wurden im späteren römischen und gemeinen Recht beibehalten und auch in die meisten modernen Rechte übernommen.

---

[1])Vergl. zum Folgenden Dernburg a. a. O. S. 279 ff. Windscheid-Kipp a. a. O. S. 639 ff. Hanausek a. a. O.

Deshalb stellt sich auch in allen diesen Rechten ein mit dem älteren römischen Recht übereinstimmender Wandelungs- und Minderungsbegriff dar.

Wandelung ist überall die thatsächliche Durchführung der Rückgewähr in den Leistungen, die beide Teile zur Erfüllung des Kaufvertrages gemacht haben, Minderung die teilweise Rückgewähr der Leistung des Käufers. Bis zum Bürgerlichen Gesetzbuch ist somit zutreffend geblieben die Definition Ulpians[1]):

„Redhibere est facere, ut rursus habeat venditor, quod habuerit, et quia reddendo id fiebat, idcirco redhibitio est appellata quasi redditio."

A. Die Konstruktion der Wandelung.

I. Ermittelung der Konstruktion.

§ 2.

1. Gemeinrechtliche- und Vertragstheorie in ihren Grundzügen.

Wie die Rechte der Wandelung und der Minderung im Bürgerlichen Gesetzbuch konstruiert werden müssen, ist bestritten.

Unbestritten ist in der ganzen Frage nur, dass aus dem Recht zur Wandelung dem Käufer ein Anspruch auf Wandelung gegen den Verkäufer erwächst. Der Ausdruck „verlangen" in § 462 B. G. B. drückt dies ganz zweifelsohne aus. [2])

Welcher Art aber die vom Käufer geforderte Thätigkeit des Verkäufers sein soll, also über den Inhalt des Anspruchs, herrscht lebhafter Streit. Zwei Meinungen stehen sich gegenüber, die gemeinrechtliche- und die Vertragstheorie. [3])

---

[1]) L. 21. pr. D. 21,1 de aedilicio edicto et redhibitione.

[2]) Vergl. Lobe a. a. O. S. 104.

[3]) Vgl. Matthiass D. J. Z. S. 205 Anm. 1, 2. Vertreter der Vertragstheorie sind namentlich die Kommentare Planck, Staudinger, Kuhlenbeck, Rudorff und Schaeffer, ferner Crome, Dernburg, Flechtheim, Schollmeyer. Staffel, Windscheid-Kipp.

Der gemeinrechtlichen Theorie gehören u. a. an Eccius, Endemann, Fischer-Henle, Haymann, Heuer, Lobe, Matthiass, Mensing, Neumann in der neuesten Aufl., Staub, Scherer.

Die erste vertritt den Standpunkt, dass auch hier, ebenso wie im römischen Recht, der Anspruch des Käufers auf die Rückzahlung des Preises gehe, falls der Käufer schon geleistet habe, auf das Unterlassen jeder Forderung von Seiten des Verkäufers, falls der Käufer seine Leistung noch nicht gemacht habe.

Demgegenüber behauptet die Vertragstheorie, durch die §§ 462 und 465 habe sich das Bürgerliche Gesetzbuch in einen bewussten Gegensatz zum römischen Recht begeben. Denn der Käufer könne auf Grund der Mängel nicht Rückzahlung des Preises verlangen, sondern „Rückgängigmachung des Kaufes". Diese „Rückgängigmachung", sage das Gesetz in § 465, sei vollzogen, wenn sich der Verkäufer auf Verlangen des Käufers mit ihr einverstanden erklärt habe. Danach sei Wandelung nichts weiter als die Aufhebung des Kaufvertrages durch einen neuen Vertrag der Parteien. Das Recht des Käufers auf die Rückzahlung des Preises entstehe erst aus diesem Vertrage gemäss § 467. An die Stelle der actio redhibitoria sei der Anspruch des Käufers gegen den Verkäufer auf Einwilligung in die Aufhebung des Kaufvertrages getreten.[1])

§ 3.

2. Feststellung der Konstruktion aus dem Gesetzestext.

Von Wichtigkeit sind in dem Streite um die Wandelungskonstruktion die Beweggründe, die jede der genannten Parteien zu ihrer Stellungnahme veranlassen.

---

[1]) Neben diesen beiden Theorien ist noch die neuerdings von Werner — a. a. O. — vertretene Auffassung zu erwähnen. Werner stimmt darin mit der gemeinrechtlichen Konstruktion überein, dass er dem Käufer nach § 462 unmittelbar einen Anspruch auf Rückzahlung des Preises giebt, nähert sich aber auch der Vertragstheorie durch die Aufstellung, dass nach § 465 zur Wandelung jedesmal auch eine beiderseitige Erklärung der Einwilligung in die Rückgängigmachung gehöre. Diese beiderseitige Einwilligung ist jedoch nach Werner kein Vertrag, und sie steht, wie schon angedeutet, neben dem Austausche der Leistungen, auf den der Käufer sofort ein Recht hat.

Die Gründe für die Ablehnung der Wernerschen Auffassung s. Anm. 2 S. 6 und Anm. 3 S. 11.

Die zuerst alleinherrschende Vertragstheorie hat einfach auf den Gesetzestext und die Materialien des Gesetzes hingewiesen.

Die Vertreter der jüngeren gemeinrechtlichen Theorie aber haben die neue Konstruktion nach der praktischen Seite näher untersucht und bemerkt, dass sie da zu unangenehmen Folgen führe. Diese Ueberzeugung hat sie dann veranlasst, der von Eccius aufgestellten Behauptung zu folgen: „Die Vertragskonstruktion kann zwar aus dem Gesetzestext herausgelesen werden, sie hat aber wenigstens im Gesetz keinen zwingenden Ausdruck erhalten. Es bleibt möglich, den Text des Bürgerlichen Gesetzbuches im wesentlichen im Sinne der alten actio redhibitoria zu interpretieren.“ [1])

„Hat Eccius mit dieser Behauptung Recht?“ Diese Frage soll hier untersucht werden, bevor auf die Vorwürfe eingegangen wird, die der Vertragstheorie von ihren Gegnern gemacht werden.

Für Eccius und die Vertreter der gemeinrechtlichen Theorie ist sicher der lebhafte Wunsch, die von ihnen für unpraktisch gehaltene Vertragskonstruktion aus dem Gesetze zu entfernen, der Vater des Gedankens gewesen, sie sei im Gesetz nicht zwingend zum Ausdruck gekommen. Objektiver wird man an diese Frage herangehen, wenn man sie an den Anfang der Erörterung stellt.

Eccius spricht zunächst von dem § 462:

„Wegen eines Mangels, den der Verkäufer nach den Vorschriften der §§ 459, 460 zu vertreten hat, kann der Käufer Rückgängigmachung des Kaufes — Wandelung — oder Herabsetzung des Kaufpreises — Minderung — verlangen“ und sagt, der Gesetzgeber habe in § 462 absichtlich das Wort „Rückgängigmachung“ statt „Aufhebung“ gewählt, um anzuzeigen, dass der Begriff „Wandelung“ auch die Rückgewähr der gemachten Leistung umfasse. [2])

[1]) Eccius a. a. O. S. 325.

[2]) Eccius a. a. O. S. 319, ebenso Haymann a. a. O. S. 538.

Darauf ist m. E. zu erwidern, dass das Wort „Rückgängigmachung" an sich unbestimmt ist und weder etwas für die eine noch für die andere Auffassung beweist.

Man kann es zwar in der von Eccius angegebenen Bedeutung auffassen, mit demselben Rechte aber auch mit „Aufhebung" identifizieren. Der von Eccius angenommene Gegensatz der beiden Worte besteht jedenfalls nicht.

Die massgebende Bedeutung hat aber in dem § 462 auch nicht das einzelne Wort „Rückgängigmachung", sondern der ganze Ausdruck „Rückgängigmachung des Kaufes".

Kann man auch unter „Rückgängigmachung des Kaufes" noch beides verstehen? Wenn man die Worte genau nimmt, m. E. nicht mehr. Denn dann wird man einen Unterschied machen zwischen dem Kauf und den Leistungen, die erst Folgen des Kaufvertrages sind. Die Rückgängigmachung des Kaufes wird man dann nicht als dasselbe betrachten wie die Rückgängigmachung der Folgen des Kaufes und genötigt sein, sie nur als die Aufhebung des Kaufvertrages zu verstehen. [1]), [2]).

Immerhin ist zuzugeben, dass durch das Mittel einer etwas freieren Auslegung sich die gemeinrechtliche Theorie mit dem § 462 vielleicht noch vereinigen liesse.

Nun aber kommt die Hauptstütze der Vertragstheorie, der § 465. [3]) Er lautet:

---

[1]) Auch Kuhlenbeck — J. W. S. 110 — sagt: „Die Wandelung erscheint keineswegs mehr identisch mit der früheren gemeinrechtlichen actio redhibitoria. Das Bürgerliche Gesetzbuch versteht nämlich unter Wandelung die „Rückgängigmachung des Kaufes".

[2]) Werner — a. a. O. S. 283 — findet noch einen Unterschied zwischen „Kauf" und „Kaufvertrag" und meint, dass in dem Worte „Kauf" im Gegensatz zu „Kaufvertrag" schon der Vertrag mit allen seinen Folgen gemeint sein solle.

M. E. gebraucht das Gesetz beide Worte in dem gleichen Sinne.

[3]) Es ist unzulässig, den § 462 vollkommen isoliert zu interpretieren und dann zu sagen, die Vertragskonstruktion von § 465 passe nicht zu § 462. S. Mensing a.a. O. S. 3 ff. und Haymann a. a. O. S. 538. Man muss vielmehr die §§ 462 und 465 im Zusammenhang betrachten und dann die Konstruktion feststellen.

„Die Wandelung oder die Minderung ist vollzogen, wenn sich der Verkäufer auf Verlangen des Käufers mit ihr einverstanden erklärt."

Denen, die in diesem Paragraphen die Vertragstheorie festgelegt glauben, sagt Eccius: [1]) „Der § 465 führe nicht zu der Folgerung, dass gerade nur durch Abschluss eines Wandelungsvertrages die Wandelung vollzogen werden könne. Diesen Inhalt hätte der Paragraph nur, wenn er lautete: „Die Wandelung wird dadurch vollzogen, dass der Verkäufer auf das Verlangen des Käufers sich mit ihr einverstanden erklärt."

Der abweichende Wortlaut des Gesetzes drücke zweierlei aus: „Aus dem „ist vollzogen" statt „wird vollzogen" folge, dass das Gesetz nur einen Zeitpunkt festsetzen wolle, in dem dem Käufer das Recht abgeschnitten sei, von dem Wandelungsverlangen wieder abzugehen. Aus dem Gebrauch des eine Bedingung oder hier vielleicht nur einen Zeitpunkt andeutenden „wenn" gehe hervor, dass nicht das Wesen der Wandelung an einen Vertrag geknüpft sei, dass vielmehr nur zum Ausdruck gebracht werden solle, dass die Wandelung auch durch einen Wandelungsvertrag in Vollzug gesetzt werden könne. [2]) Es sei zwar eigentlich trivial und selbstverständlich, dass ein den Kauf aufhebender Vertrag die Sache endgültig regele, aber die zweite Kommission habe damit auch nur klarstellen wollen, dass das Wahlrecht des Käufers frühestens durch einen Vertragschluss beseitigt werde."

---

[1]) Vgl. Eccius a. a. O. S. 324, 325.

[2]) Eccius wirft auch die Frage auf, ob nicht vielleicht § 465 so ausgelegt werden könne, dass von einem Vertrage überhaupt nicht die Rede sei. Er giebt aber selber, wenn auch bedauernd, zu, dass diese Interpretation durch die Fassung von § 465 ausgeschlossen sei.

Dennoch hat sie neuerdings einen Vertreter in Werner — a. a. O. S. 283 — gefunden, der in „Verlangen" und „Einverstanden erklären" nicht die Bedeutung von Vertragsantrag- und Annahme finden will.

Diese Auffassung ist ganz unberechtigt.

Auf Grund dieser Auffassung des § 465 nimmt Eccius an, dass der nähere Inhalt des im § 462 angegebenen Wandelungsverlangens nicht durch § 465, sondern direkt durch § 467 bestimmt werde, d. h. das Wandelungsverlangen nicht erst auf die Zustimmungserklärung des Verkäufers, sondern gleich auf die Rückgewähr gehe.

Der letzten Folgerung gegenüber kann man wohl schon die Stellung des § 465 zwischen § 462 und § 467 einwenden. Es wäre sonderbar, dass der Gesetzgeber dann nicht den § 467 vor den § 465 gestellt hat. Die umgekehrte Stellung besagt schon, dass erst der Vollzug der Wandelung gemäss § 465 kommt, und dann auf dieser Grundlage die Verfolgung der Rechte aus § 467. [1])

Wichtiger aber als dies Argument ist der Wortlaut des § 465, der mit der Eccius'schen Interpretation nicht zu vereinigen ist.

Es mag zugegeben werden, dass das Gesetz die Vertragskonstruktion noch präziser zum Ausdruck gebracht hätte, wenn es die Erfordernisse zum Vollzuge der Wandelung statt in einen bedingenden in einen von „dadurch, dass" eingeleiteten Nebensatz gebracht hätte.

Immerhin tritt doch aber der nicht vollständigen Prägnanz des Nebensatzes der Vordersatz gegenüber, der mit den Worten „die Wandelung ist vollzogen" von einem allgemeinen und nicht von einem besonderen Vollzuge der Wandelung spricht. Wie man aus seiner sonstigen Ausdrucksweise schliessen darf, hätte das Gesetz, wenn es hier nur von einem besonderen Fall des Wandelungsvollzuges sprechen wollte, etwa gesagt: „Abgesehen vom Falle des § 462 ist die Wandelung vollzogen, wenn u. s. w."

Es ist m. E. überhaupt schon eine Spitzfindigkeit, einen doppelten Vollzug der Wandelung konstruieren zu wollen. Einem unbefangen an den § 465 Herantretenden würde es genügen, dass hier klar und deutlich — wie

[1]) Vgl. Mensing a. a. O. S. 10, Stratmann a. a. O. S. 26.

auch Eccius zugiebt — wenigstens von einem Vollzuge der Wandelung die Rede ist, um, da eine ebenso unzweideutige Bestimmung über noch einen anderen Vollzug weit und breit nicht zu entdecken ist, diesen Vollzug auch für den einzigen zu halten.

Wenn man sich mit der Eccius'schen Erklärung beschäftigt, muss es einem merkwürdig erscheinen, dass das Gesetz den im Sinne dieser Theorie nur nebensächlichen Fall des Wandelungsvollzuges direkt regelt, während es den Hauptfall garnicht erwähnt und nur aus dem allgemeinen Begriff der Wandelung, wie sie Eccius auffasst, folgern lässt.

Die Eccius'sche Behauptung des doppelten Wandelungsvollzuges ist aber nicht nur merkwürdig, sondern begründet auch einen völligen Widerspruch der beiden hauptsächlichsten §§, 462 und 465, im Eccius'schen Sinne verstanden.

Nach seiner Theorie stellt sich die Wandelung des § 462, wie schon gesagt, da als die thatsächliche Wiederherstellung des status quo ante. „Wie stimmt mit dieser Auffassung überein, dass im Falle des § 465 die Wandelung bereits mit dem Vertrage der Parteien vollzogen ist, noch ehe die Rückgewähr eintritt"? [1]) Offenbar verträgt sich dieser Vollzug der Wandelung nicht mit dem Begriff der Wandelung, wie er nach Eccius in § 462 ausgedrückt sein soll.

Diese Gedanken müssen sich einem ergeben, wenn man das Eingeständniss Eccius', dass § 465 einen Wandelungsvollzug, wenn auch nicht den einzigen, ent-

[1]) Es ist zu beachten, dass Eccius — a. a. O. O. S. 324 — auch von der richtigen Voraussetzung ausgeht, dass die Ausdrücke „wandeln", „die Wandelung bewirken", „die Wandelung vollziehen" und dergleichen mehr alle den gleichen Inhalt haben. Anmerkungsweise erwähnt er freilich, dass man vielleicht dem Ausdruck „die Wandelung vollziehen" im Gegensatz zu „wandeln" eine differenzierende Bedeutung beilegen könnte. Der Vorwurf des „Spielens mit Worten", den er selber einwendet, wäre dann allerdings begründet, und er trifft Haymann, der wirklich eine verschiedene Bedeutung beider Ausdrücke behauptet und Vollziehung nur im Sinne von „definitivwerden" verstanden wissen will. Vgl Haymann a. a. O. S. 539.

halte, wörtlich nimmt. In Wahrheit ist dieser Wandelungsvollzug aber nur eine äusserliche Konzession an den nicht zu umgehenden Wortlaut des § 465. Darunter verbirgt Eccius einen ganz anderen Inhalt, den er dem § 465 giebt.

Und m. E. enthält der Schlusssatz seiner Ausführungen im Anschluss an den Ausdruck des § 465 einen Widerruf der vorherigen Behauptung, dass § 465 überhaupt einen Vollzug der Wandelung enthalte. Denn wenn Eccius jetzt sagt: „Der Kommission kam es aber nur darauf an, klar zu stellen, dass „das Wahlrecht des Käufers nicht schon durch dessen Verlangen, sondern frühestens durch einen Vertragschluss erlösche," so ist in dieser Aeusserung von etwas ganz anderem als dem Wandelungsvollzug die Rede. Sie kommt übrigens im Inhalt genau auf die Folgerung hinaus, die Eccius aus dem „ist" statt „wird" vollzogen zieht, dass nämlich § 465 nur den Zeitpunkt angebe, in dem das jus variandi des Käufers aufhöre.

Beide Erklärungen enthalten m. E. eine Auslegung des § 465, die dem Ausdruck des Gesetzes völlig widerspricht. Dieser Inhalt könnte aus dem § 465 nur herausgelesen werden, wenn er lautete:

„Die Wahl zwischen Wandelung und Minderung ist vollzogen, wenn u. s. w."

Wahl und Wandelung sind zwar ähnlich klingende, aber nicht gleiche Worte. Noch mehr sind „Rückgängigmachung des Kaufes" und endgültige Entscheidung, ob man Wandelung oder Minderung wähle, ungleiche Begriffe.[1]) Der Vollzug der Wahl der Wandelung ist nur eine Phase, ein Bestandteil des Vollzuges der Wandelung.

---

[1]) Haymann — a. a. O. S. 539 — erscheint allerdings der Gebrauch von „Wahl" statt „Wandelung" nur als eine „Ungenauigkeit", und er fährt fort: „Was bedeutet aber diese Ungenauigkeit gegenüber den sprachlichen und technischen Absonderlichkeiten, ohne deren Unterstellung der Gesetzestext gar nicht im Sinne der Vertragstheorie ausgelegt werden kann".

M. E. liegen die sprachlichen Absonderlichkeiten in der Auslegung des Gesetzes, wie sich auch hier wieder zeigt, nur auf der Seite der gemeinrechtlichen Theorie.

Gerade die Ecciussche Theorie macht das praktisch ganz deutlich. Wenn die Wahl zwischen Wandelung und Minderung endgültig vollzogen ist, ist die Wandelung im Sinne Eccius', die tatsächliche Durchführung der Rückgewähr, noch lange nicht vollzogen.

Zur Entkräftung des Unterschiedes zwischen der Bindung des Käufers an die Wahl und dem Vollzug der Wandelung darf man sich nicht etwa auf den Standpunkt der Vertragstheorie stellen und sagen, gerade in deren Sinne sei beides dasselbe, da beides sich in demselben Momente vollzöge. Das letzte ist richtig, deshalb aber noch nicht das erste. Denn dass endgültiger Vollzug der Wahl und der Wandelung hier in einen Augenblick fallen, ist nicht Zeugnis der begrifflichen Identität beider, sondern nur Konsequenz der besonderen Konstruktion der Wandelung als Vertrag. Daher kommt es dann, dass direkt im § 465 einzig und allein vom Vollzug der Wandelung die Rede ist, indirekt dadurch aber auch der Augenblick der Bindung des Käufers an seine Wahl bestimmt wird.[1]), [2]), [3])

[1]) Auch Planck — a. a. O. zu § 465 Note 1 — sagt: „§ 465 entscheidet zunächst nur die Frage, durch welche Tatsache die Wandelung oder Minderung vollzogen wird. Dadurch soll aber zugleich entschieden werden, bis zu welchem Zeitpunkt der Käufer die von ihm erklärte Wahl ändern kann.

[2]) Gegen die Ecciussche Interpretation spricht auch ein wichtiges der ratio legis entspringendes Moment. Angenommen, § 465 regele wirklich nur den endgültigen Vollzug des Wahlrechts, so giebt es immer noch nichts, was weniger zu einander passt als dieser Vollzug der Wahl zu der Ecciusschen Konstruktion der Wandelung. Denn vom Standpunkt der Ecciusschen Wandelungskonstruktion kann — wie Eccius selber zugiebt, a. a. O. S. 331 — nicht einmal das im Prozess ergehende Urteil, ja nicht einmal das rechtskräftige Urteil den Käufer binden, bei seiner Wahl zu bleiben. Dies Resultat zeigt, dass auch der Vollzug des Wahlrechts durch Vertrag nur mit der Vertragskonstruktion, mit der Ecciusschen Konstruktion aber garnicht harmoniert.

[3]) Dass § 465 vom Vollzug der Wandelung handelt, meint auch Werner. Seiner Ansicht nach geht aber, wie früher angedeutet, dieser Vollzug der Wandelung her neben dem unmittelbaren Anspruch des Käufers auf den Rückaustausch. Weiter glaubt Werner, dass die Einverständniserklärung des Verkäufers nicht ausdrücklich übermittelt zu werden brauche, dass sie vielmehr aus der Sachlage hervorgehen, d. h. sich in der Rückgabe der Kaufsache durch den Verkäufer ausdrücken werde.

Auch hier zeigt sich m. E. das Unzutreffende der Wernerschen Theorie. Dass der Wille der Parteien, zu wandeln,

Diese aus den §§ 462 und 465 abgeleiteten Gründe widerlegen m. E. für sich allein die Ecciussche Auffassung von der Wandelungskonstruktion und erweisen, dass die Vertragskonstruktion im Gesetz zwingend festgelegt ist.

Nun finden sich aber auch in den anderen Paragraphen der Wandelungsmaterie noch mehrere deutliche Hinweise auf die Vertragskonstruktion, die nicht ignoriert werden dürfen.

§ 467 bestimmt: „Auf die Wandelung finden die für das vertragsmässige Rücktrittsrecht geltenden Vorschriften der §§ 346—348, 350—354, 356 entsprechende Anwendung. . . . . .“

Die angezogenen Bestimmungen über den Rücktritt unterscheiden scharf zwischen der Ausübung des Rücktritts und den sich daraus erst ergebenden Folgen des Rücktritts.

§ 346 sagt: „Hat sich in einem Vertrag ein Teil den Rücktritt vorbehalten, so sind die Parteien, w e n n d e r R ü c k t r i t t e r f o l g t, verpflichtet, einander die empfangenen Leistungen zurückzugewähren.“

§ 348 noch deutlicher: „Die s i c h a u s d e m R ü c k t r i t t e r g e b e n d e n Verpflichtungen der Parteien sind Zug um Zug zu erfüllen.“

Entsprechend will das Gesetz auch bei der Wandelung scharf zwischen der Wandelung und den Folgen der Wandelung unterschieden wissen. Dem Recht, zurückzutreten, entspricht das Recht auf Wandelung.[1])

---

schon in ihren Handlungen, dem Verlangen des Käufers auf den Kaufpreis und der Rückgabe desselben durch den Verkäufer, zum Ausdruck kommt, ist richtig. „Was für einen Zweck hat aber dann der § 465, wenn er die Willensäusserung noch besonder vorschreibt neben den Handlungen des § 462, trotzdem der Wille in den Handlungen schon zum Ausdruck kommt?“

Wandelungs- und Leistungsanspruch stehen eben nicht n e b e n einander, sondern in Abhängigkeit von einander.

[1]) Vgl. Kloss a. a. O. S. 288, Crome a. a. O. S. 460. Anderer Meinung ohne nähere Begründung Haymann a. a. O. S. 540: „Das Recht auf Wandelung sei analog dem Recht nach erfolgtem Rücktritt.“

Wandelung ist danach nur die Aufhebung des Kaufvertrages.[1])

In der Bezugnahme des § 367 auf den Rücktritt ist nun nicht erwähnt der § 349, nach dem „der Rücktritt durch Erklärung gegenüber dem anderen Teile erfolgt." Wenn nun einerseits in Analogie des Rücktritts unterschieden werden muss zwischen Ausübung der Wandelung und Folgen dieser Ausübung, anderseits die Ausübung der Wandelung durch einseitige Erklärung des Käufers ausgeschlossen wird, so bleibt garnichts anderes übrig als der Vollzug der Wandelung durch Vertrag zwischen Käufer und Verkäufer in der Weise des § 465[2]).

§ 478 lautet: „Hat der Käufer den Mangel dem Verkäufer angezeigt oder die Anzeige an ihn abgesendet, bevor der Anspruch auf Wandelung oder auf Minderung verjährt war, so kann er auch nach der Vollendung der Verjährung die Zahlung des Kaufpreises insoweit verweigern, als er auf Grund der Wandelung oder der Minderung dazu berechtigt sein würde. . ."

Aus der Ausdrucksweise „auf Grund der Wandelung" geht ganz klar hervor, dass die Wandelung im Regelfalle Voraussetzung einer Verweigerung bezw. der Realisierung der Ansprüche des Käufers ist, letztere also nicht mit ihren Inhalt bildet.[3])

---

[1]) Hier erledigt sich ein Einwand Mensings a. a. O S. 9 — Vgl. auch Haymann a. a. O. S. 540 —: „Der § 467 könne für die Vertragstheorie nur ausgebeutet werden, wenn man die Worte „auf die Wandelung" verstände als „auf die vollzogene Wandelung". Diese Auffassung sei aber willkürlich. Die im Text von den Bestimmungen des Rücktritts auf die Wandelung gezogene Analogie gilt gerade nicht nur für die vollzogene Wandelung, sondern für die Wandelung allgemein.

[2]) Vgl. namentlich Kloss a. a. O. S. 287 ff. Er ist zwar mit Eccius der Ansicht, dass in § 465 nur die Bindung des Käufers an seine Wahl gefunden werden könne, „wenn auch für diesen Zweck allein der Ausdruck des § 465 eigentümlich gewählt erscheine", findet aber die zwingende Festlegung der Vertragstheorie in § 467.

[3]) Vgl. Flechtheim a. a. O. S. 91.

Mensing macht hierzu allerdings die verblüffende Bemerkung,[1]) im § 478 selber sei doch aber dem Käufer das Recht der Verweigerung ohne den Vertrag, der den Grund bilden solle, gegeben.

Dieser Einwand übersieht aber nur, dass in § 478 auch der Vordersatz den Charakter einer besonders vom Gesetz statuierten Ausnahme hat, durch die dem Käufer ausnahmsweise ein Recht gewährt wird, das er in dem im Irrealis erwähnten Regelfall nur auf Grund der Wandelung hat.

Nach § 479 kann der Anspruch des Käufers auf Schadensersatz nach der Vollendung der Verjährung nur aufgerechnet werden, wenn der Käufer vorher dem Verkäufer rechtzeitig Anzeige von dem Mangel gemacht hat.[2])

Diese Bestimmung beschränkt das Recht der Aufrechnung gegenüber dem allgemeinen § 390. Da nun in § 479 ausdrücklich nur der Anspruch auf Schadensersatz genannt ist, so würde der Wandelungsanspruch — nach der gemeinrechtlichen Theorie als Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises aufgefasst — nicht unter § 479 fallen, sondern unter § 390. Er bliebe also auch ohne Anzeige zur Aufrechnung geeignet. Dies Resultat beweist aber eklatant die Haltlosigkeit der gemeinrechtlichen Theorie, denn es tritt in den grössten Widerspruch einmal zu § 479 und dann zu § 478.

Sinnlos wäre es nämlich, dass die Aufrechnung des gewöhnlichen Wandelungsanspruchs gegenüber der des Anspruchs auf Schadensersatz noch so bedeutend erleichtert sein sollte, wo nach der Natur der Ansprüche nur umgekehrt eine Privilegierung des Anspruchs auf Schadensersatz vor dem Wandelungsanspruch in Frage kommen könnte. Von dieser sah man aber, wie die Protokolle sagen, „im Interesse der Einfachheit des Gesetzes“ ab.[3])

---

[1]) Mensing a. a. O. S. 15.

[2]) Vgl. zum Folgenden Flechtheim D. J. Z. S. 319.

[3]) Protokolle II. S. 1415.

Im Verhältnis zu § 478 wäre es ein ebenso grosser Widersinn, dass die Vorschützung der Wandelungs einrede nach der Verjährung von vorheriger Anzeige abhängig sein, dagegen die Aufrechnung mit dem Wandelungsanspruch unbeschränkt zulässig sein sollte.

„Weshalb ist nun der Wandelungsanspruch im § 479 nicht erwähnt?" „Sicherlich deshalb, weil er seiner Natur nach überhaupt nicht aufrechenbar, weil er ein Anspruch auf Vertragschluss ist." Bei dieser Erklärung besteht zwischen ihm und § 478 und § 479 kein Widerspruch mehr. [1])

Die erwähnten Zeugnisse für die Vertragstheorie, die sich noch ausserhalb der §§ 462 und 465 finden, können gewiss nur zur Bekräftigung der schon vorher aufgestellten Behauptung dienen, dass die Vertragskonstruktion im Gesetz zwingend festgelegt sei.

Die materiellen Folgen dieses Resultates werden später zu erörtern sein.

Rein vom Standpunkt der Konstruktion ist die im Gesetz zum Ausdruck gekommene Gestaltung des Wandelungsrechts entschieden logischer und feiner als die der actio redhibitoria. [2])

[1]) Mit Zuhülfenahme der Bestimmungen des Werkvertrages sucht Haymann — a. a. O. S. 546 — trotz des Wortlautes von § 479 die Kompensabilität des Wandelungsanspruches zu begründen. Er weist auf § 639 Abs. 1 hin, der auf die Verjährung der in § 638 genannten Ansprüche, unter denen sich der Wandelungsanspruch befindet, die für den Kauf geltenden Vorschriften des § 477 Abs. 2, 3 und der §§ 478, 479 entsprechende Anwendung finden lässt. Die Anwendung des § 479 auf den Wandelungsanspruch bedeute, dass der Wandelungsanspruch kompensabel sei.

Haymann gelangt damit zwar zu einem kompensablen Wandelungsanspruch, ohne in die im Text geschilderten Widersprüche zu verfallen. Denn wenn die Kompensabilität des Wandelungsanspruchs sich aus § 479 und nicht aus § 390 herleitet, so wird sie auch abhängig von der rechtzeitigen Anzeige des § 479.

Aber es ist m. E. nicht möglich, den Wandelungsanspruch dem § 479 zu unterwerfen. Es ist undenkbar, dass das Gesetz die Bestimmungen des § 479 für ihn hat mitgelten lassen wollen und ihn trotzdem im § 479 nicht genannt hat.

Wenn der § 639 „entsprechende" Anwendung u. a. des § 479 auf die in § 638 genannten Ansprüche bestimmt, so können hinsichtlich des § 479 nur der Anspruch auf Beseitigung und auf Schadensersatz gemeint sein.

[2]) Dass sie von juristischer Feinheit ist, giebt Lobe zu a. a. O. S. 107.

Sie unterscheidet streng zwischen dem Kaufvertrag und den Erfüllungsverpflichtungen der Parteien und beachtet, dass letztere zum Vertrage in einem Abhängigkeitsverhältnisse stehen. Der Angriff des Käufers geht deshalb unmittelbar auf die Beseitigung des Vertrages. Denn ist dieser aufgehoben, so ist damit auch seinen Konsequenzen der Boden entzogen.

Die actio redhibitoria ist vom formalen Standpunkt aus unlogisch. Denn sie strebt direkt nur die Folgen des Kaufes zu vernichten, und kommt dadurch erst indirekt zu einer Beseitigung des Kaufvertrages, die doch vom Standpunkt der Konstruktion das Hauptmoment ist.

Der neue Vertrag, den die Parteien über die Aufhebung schliessen, hat zum Inhalt aber auch nur die Aufhebung des Kaufes. Die Behauptung, dass zum Inhalt des Aufhebungsvertrages auch alles gehöre, was in § 467 über die Folgen der Wandelung gesagt ist [1]), ist m. E. nicht richtig. Denn diese sind gesetzlich an den Wandelungsvertrag geknüpft. Die Parteien haben also gar keine Veranlassung, sich noch rechtsgeschäftlich über sie zu einigen. Die Ansprüche aus der Wandelung sind deshalb begrifflich Condiktion, aber nicht Condiktion, die sich nach den allgemeinen Regeln richtet, sondern in § 467 besonders geregelt ist. [2])

§ 4.

3. Entstehung der Konstruktion aus den Materialien.

Absichtlich komme ich erst nach der Betrachtung des Gesetzestextes auf die in dieser Frage sehr eingehenden Materialien zu sprechen, weil die Gegner der Vertragstheorie, im Zusammenhang mit der schon erwähnten Behauptung, die Vertragskonstruktion habe im

[1]) Vgl. namentlich Eccius a. a. O. S. 319 und Matthiass a. a. O. S. 205.

[2]) Derselben Ansicht scheint Flechtheim zu sein. Vgl. a. a. O. S. 73, Anm. 14 a.

Begründet ist diese Auffassung auch nach den Protokollen, die immer nur von einem „Aufhebungsvertrage“ sprechen.

Gesetz keinen zwingenden Ausdruck erhalten, die Ansicht aussprechen, man wäre nach dem Gesetzestext wohl überhaupt auf die Vertragskonstruktion nicht gekommen, wenn nicht die II. Kommission in ihren Beratungen von dieser ausgegangen wäre. [1]) Matthiass giebt trotzdem allerdings zu, dass die II. Kommission mit ihrer Aufstellung nicht nur „wissenschaftlich konstruieren", sondern „gesetzgeberisch gestalten" wollte.

Die vorhergehende Darstellung hat wohl unabhängig von den Materialien den Nachweis geliefert, dass der II. Kommission diese Absicht gelungen ist, dass nur ihre und keine andere Konstruktion aus dem Gesetzestext herauszulesen ist.

In einer Beziehung aber haben sich auch die Gegner der Vertragskonstruktion auf die Materialien berufen, und zwar darin, dass der § 465 auch nach seiner Entstehung nur dazu da sei, um über das jus variand des Käufers Auskunft zu geben. [2])

Schon deshalb muss auf die Materialien näher eingegangen werden.

Sowohl in der I. wie in der II. Kommission steht zur Erörterung zunächst die prinzipielle Frage, ob die Rechte auf Wandelung und Minderung als einseitige Rücktritts- oder zweiseitige Aufhebungsrechte zu konstruieren sein [3]). Damit ist zugleich die praktisch höchst bedeutsame Frage gestellt, ob die Frist zur Geltendmachung der Rechte eine Präklusiv- oder Verjährungsfrist sein solle. Aus praktischen Gründen entschied man sich für die Verjährungsfrist und „um für die Verjährung die Grundlage zu gewinnen, wurde dem Rechte auf Wandelung und Minderung die Eigenschaft eines Anspruches beigelegt." [4])

[1]) Vgl. Matthiass a. a. O. S. 205.

[2]) Vgl. namentlich Eccius a. a. O. S. 324, Anm. 33, Lobe a. a. O. S. 116, Neumann zu § 432, Note 2.

[3]) Vgl. Motive II. S. 238 ff.

[4]) Zu rügen ist die Ausdrucksweise der Motive. Nach ihr muss es scheinen, als ob die I. Kommission Recht und Anspruch für identisch gehalten hat. Recht und Anspruch sind aber niemals identisch, sondern Ansprüche sind stets nur aus Rechten abgeleitet.

Der bezeichnete Anspruch geht nun, wie die Motive sagen, falls der Käufer schon geleistet hat, auf gänzliche oder teilweise Restitution des von ihm Geleisteten, falls er noch nicht geleistet, auf gänzliche oder teilweise Befreiung von den durch den Vertrag entstandenen Verpflichtungen.

Man ersieht aus dieser Erklärung, dass die I. Kommission durchaus auf dem Boden der römischen actio redhibitoria stand.

In der II. Kommission wurde die Auffassung, die für die Gestaltung der Rechte als einseitige Rücktrittsrechte eintrat, sehr eingehend verteidigt [1]).

Demgegenüber wurde von der Mehrheit entgegengesetzt, das geltende Recht, insbesondere das gemeine und das Preussische nach der herrschenden Lehre, behandelten die Frist als Verjährungsfrist, und ein Grund, davon abzuweichen, würde nur dann vorhanden sein, wenn die bezeichneten Rechte nach dem System des Entwurfs nicht als Ansprüche aufgefasst werden könnten. „Man könne aber das Verhältnis ohne Zwang in der Art gestalten, dass der Mangel den Käufer berechtige, die Aufhebung des Kaufes oder die Herabsetzung des Kaufpreises durch einen hierauf gerichteten Vertrag von dem Verkäufer zu verlangen. Als Folge der Aufhebung des Kaufes ergebe sich dann von selbst das Recht des Käufers, die Zahlung des Kaufpreises zu verweigern, und falls er bereits gezahlt habe, das Gezahlte zurückzufordern. . . . . .“

„Bei dieser Konstruktion ergebe sich, dass immer ein Anspruch im Sinne des Entwurfes vorhanden, der Anspruch aber der Verjährung unterworfen sei.“

In der vorstehenden Aeusserung hat sich die Mehrheit der II. Kommission in unzweideutiger Weise für die Vertragskonstruktion entschieden.

Weshalb sie, um zur Verjährung zu gelangen, den Anspruch auf Vertragschluss herangezogen und an den

---

[1]) Vgl. Protokolle S. 673 ff.

naheliegenden Anspruch auf Rückgewähr, die alte actio redhibitoria, nicht gedacht hat, ist manchem rätselhaft erschienen, und hat zu Missverständnissen geführt. So meint Haymann, dass die II. Kommission, in einem „seltsamen Irrtum befangen" den Anspruchscharakter der actio redhibitoria bezweifelt habe. [1])

Dass dieser Irrtum der II. Kommission nicht zugemutet werden kann, liegt wohl auf der Hand. Es muss also eine andere Erklärung geben. Und sie ist einfach, wenn man davon ausgeht, dass der II. Kommission eben ein anderer Begriff der Wandelung als der frühere vorschwebt. Wandelung ist ihr nicht die thatsächliche Rückzahlung des Kaufpreises, sondern nur die „Aufhebung des Kaufes". Die Rückgewähr ist erst eine Folge der Kaufsaufhebung. Stellt man dies voran, so ist die Uebergehung der alten actio redhibitoria und die Heranziehung des Vertragsanspruches durchaus verständlich. Die actio redhibitoria kann als Wandelungsanspruch nicht in Frage kommen, da sie erst aus der vollendeten Wandelung entsteht. Um bei der zu Grunde liegenden Auffassung der Wandelung als Kaufsaufhebung aber überhaupt noch einen Anspruch aus dem Wandelungsrecht zu gewinnen, blieb nur möglich, die Wandelung als Vertrag zu konstruieren. Eine andere Konstruktion hätte keinen Anspruch, sondern nur einseitige Rechte geschaffen.

Die Beratung in der II. Kommission knüpfte dann weiter an an den § 384 Entwurf I.[2]) Dieser lautete:

„Auf die Wahl zwischen dem Rechte der Wandelung und der Minderung finden die Vorschriften des § 208 und des § 209 Satz 1 entsprechende Anwendung."

Mit den angezogenen Paragraphen waren die Vorschriften über die Alteruativobligation gemeint.

---

[1]) Vgl. Haymann a. a. O. S. 535 ff.

[2]) Vgf. Protokolle S. 685.

und durch deren Bezugnahme wurde im Entwurf I ausgesprochen, dass die Wahl des Käufers zwischen Wandelung und Minderung durch die einseitige Erklärung des Käufers unwiderruflich vollzogen sein solle.

Anstatt des § 384 Entwurf I wurde in der II. Kommission beantragt, zu bestimmen:

„Die Wahl ist vollzogen, wenn sie von dem Käufer gegenüber dem Verkäufer erklärt worden ist. Die vollzogene Wahl ist unwiderruflich."

Die Kommission billigte diesen Antrag, schloss damit direkt die Anwendung der Vorschriften über die Alternativobligation aus, behielt sie aber sachlich in derselben Weise wie Entwurf I bei.

Demgegenüber wurde von einer Seite darauf hingewiesen, dass die übernommene Vorschrift sachlich für das in Frage kommende Rechtsverhältnis nicht passe.[1]) Denn wenn man davon ausgehe, dass dem Käufer mit der Wandelung ein Recht gegeben sei, von dem Verkäufer den Abschluss eines Vertrages zu verlangen, so sei es nicht ersichtlich, weshalb der Käufer auch dann an seine Erklärung gebunden sein solle, wenn der Verkäufer die gestellte Offerte abgelehnt habe.

Die diesen Einwand erhoben, fühlten ganz richtig heraus, dass die Vertragskonstruktion der Wandelung schon durch sich selbst eine Regelung auch des Wahlrechts gebe, indem nach allgemeinen Vertragsgrundsätzen die unwiderrufliche Bindung erst mit Abschluss des Vertrages eintrete. Konsequent verlangten sie deshalb die gänzliche Streichung des fraglichen Paragraphen.

M. E. haben alle Vertreter der gemeinrechtlichen Theorie, die behaupten, dass § 465 nur über den endgültigen Vollzug des Wahlrechts Auskunft gebe, diese wichtige Etappe in der Entstehung des § 465 übersehen und nicht beachtet, dass die weitere Ent-

[1]) Vgl. Protokolle S. 685.

wickelung, wie ich meine, auf dem eben erwähnten Gedanken beruht.

Schon unter seinem Einfluss wurde beantragt, an Stelle des § 384 folgende Vorschrift zu setzen: [1])

„Das Recht des Käufers, statt der verlangten Wandelung die Minderung oder statt dieser die Wandelung zu verlangen oder statt der verlangten Wandelung oder Minderung bei dem Vertrage stehen zu bleiben, wird erst dadurch ausgeschlossen, dass der Verkäufer sich mit der Wandelung oder Minderung einverstanden erklärt hat."

Voll durchgeführt ist hier aber die Idee, das Wahlrecht nur durch das Mittel der Wandelung als eines Vertrages zu regeln, noch nicht. Denn es ist ausdrücklich noch vom Wahlrecht die Rede.

Ganz dem oben angegebenen Gedanken entspricht aber der nächste Antrag:

„Die Wandelung und die Minderung ist vollzogen, wenn der Verkäufer sich dem Käufer gegenüber mit dem Verlangen des letzteren, dass der Kauf rückgängig gemacht oder der Kaufpreis herabgesetzt werde, einverstanden erklärt hat oder zur Wandelung oder Minderung rechtskräftig verurteilt ist." [2])

Dieser Antrag wurde sachlich angenommen, und aus ihm ist der § 465 hervorgegangen.

Genau zu beachten ist, worüber Eccius und seine Anhänger hinweggesehen haben, dass hier im Gegensatz zu vorher nicht mehr von Wahl, sondern von Wandelung geredet wird.

Und begründet wird dieser Antrag nun folgendermassen: [3])

„Das Gesetz müsse der Rechtsanwendung einen deutlichen Fingerzeig über die ihm zu Grunde liegende Konstruktion geben. Der Entwurf konstruiere das

---

[1]) Vgl. Protokolle S. 699.
[2]) Vgl. Protokolle S. 708.
[3]) Vgl. Protokolle S. 710.

Recht auf Wandelung und entsprechend das auf Minderung nicht als das Recht, durch einseitige Erklärung den Vertrag zur Aufhebung zu bringen, sondern als Anspruch, kraft dessen der Käufer vom Verkäufer die Einwilligung in die Aufhebung des Kaufes, die Annahme des auf diesen gerichteten Vertragsantrages verlangen könne. Die Wandelung sei mithin vollzogen mit der Erklärung des Einverständnisses seitens des Verkäufers. . . . . "

Aus dieser Begründung geht deutlich hervor, dass die II. Kommission der Anregung, durch die Konstruktion der Wandelung als eines Vertrages sei mittelbar auch das Wahlrecht geregelt, nun vollständig gefolgt ist. Demnach kommt es ihr nicht mehr darauf an, das Wahlrecht noch besonders zu bestimmen, sondern nur, die Wandelungs-Vertragskonstruktion im Gesetz zu unzweifelhaftem Ausdruck zu bringen. Wenn auch, wie zugegeben wird, in den Protokollen noch viel von der Bestimmung des Wahlrechts durch den § 465 gesprochen wird, so liegt dies daran, dass man ursprünglich allerdings von der Absicht ausgegangen ist, nur das Wahlrecht durch ihn zu bestimmen, weil man sich über den Zusammenhang dieser Frage mit der schon aufgestellten Vertragskonstruktion eben noch nicht klar war.

Zuletzt war aber die Erkenntnis allgemein, dass man hier, um einen vulgären Ausdruck zu gebrauchen, zwei Fliegen mit einer Klappe schlagen konnte, indem man unmittelbar nur die zu Grunde liegende Vertragskonstruktion gesetzlich festlegte, mittelbar dadurch aber auch den Endpunkt des jus variandi des Käufers bestimmte.

Es ist deshalb nicht richtig, zu sagen, der § 465 sei auch nach seiner Entstehung nur dazu da, um über den Endpunkt des jus variandi des Käufers Auskunft zu geben. [1])

---

[1]) Vgl. Anm. 2, S. 17.

Man übergeht dabei den Gedanken, aus dem heraus der letzte wichtigste Antrag entstand und Gesetz wurde, und dessen Spuren sich bis zu jener von einer kleinen Minderheit gegebenen Anregung verfolgen lassen.

II. Einwände der Gegner gegen die Vertragskonstruktion.

1. Verhältnis der Vertragskonstruktion zu anderen Gesetzesbestimmungen

§ 5.

a) der Wandelungsmaterie.

Wenn hier der Standpunkt vertreten wurde, dass die Vertragskonstruktion zwingend im Gesetz festgelegt sei, so sollte damit nicht gesagt sein, dass die Gegner mit ihren Einwendungen gegen diese Konstruktion vollständig Unrecht haben.

Sie halten ihr vor, dass sie sich in Widersprüche verwickele mit den anderen Gesetzesbestimmungen, sowohl der Wandelungsmaterie selber wie solchen allgemeinen Inhalts, und dass sie in der praktischen Durchführung zu unangenehmen Resultaten führe.

Diese Vorwürfe sind, wie noch ausgeführt werden wird, nicht ganz unbegründet. Sie betreffen aber eine Erscheinung, die dem nun einmal vorhandenen Text des Gesetzes nichts anhaben kann.

Auch Matthiass ist der Ansicht, dass eine Disharmonie mit anderen Vorschriften des Gesetzes und unerwünschte praktische Folgen für sich nicht das Gesetz selbst beseitigen können. Nur die Parteien könnten selber geeignete Massnahmen gegen die ihnen lästigen Konsequenzen des Gesetzes ergreifen. [1]) Wenn Matthiass aber dann doch auf Grund der Auffassung, dass die unerwünschten Folgen der Vertragskonstruktion das Gesetz in dieser Materie selbst zu

[1]) Vgl. Matthiass a. a. O. S. 206.

einem völligen Widerspruch mit sich führen, zu dem Resultat kommt, die Auslegung müsse diesen Widersinn beseitigen, so darf man sich dadurch nicht darin beirren lassen, dass eben auch Matthiass dabei von der Voraussetzung ausgeht, dass es möglich ist, das Gesetz im Sinne der actio redhibitoria zu interpretieren. Fehlt aber, wie ich behaupte, diese Voraussetzung, so kann die Vertragskonstruktion auch durch den Matthiass'schen Einwand nicht erschüttert werden.

Ein Trost in dieser Lage ist, dass die Gegner der Vertragskonstruktion m. E. in vielem die Sache schlimmer dargestellt haben, als sie ist. Das trifft namentlich auf den behaupteten Widerspruch zu anderen Gesetzesbestimmungen zu.

Als Haupttrumpf wird in dieser Frage der § 478 gegen die Vertragstheorie ausgespielt. Die Gegner bemerken nämlich, hier in der Wandelungseinrede kenne das Gesetz selbst einen Fall, in dem die Wandelung ohne vorhergehenden Aufhebungsvertrag eintrete. [1])

Zunächst haben sich auf der Seite der gemeinrechtlichen wie der Vertragstheorie Zweifel erhoben, ob durch den § 478 überhaupt eine allgemeine Wandelungseinrede geschaffen worden sei. Der Paragraph spricht direkt nur aus, dass der Käufer nach der Verjährung die Zahlung des Kaufpreises verweigern kann. Soll man daraus schliessen dürfen, dass dem Käufer dasselbe Verweigerungsrecht auch vor der Verjährung zusteht?

Flechtheim lehnt diese Folgerung ab, weil der § 478 „nur eine aus Billigkeitsrücksichten geschaffene Ausnahme" darstelle. [2])

---

[1]) Vgl. Eccius a. a. O. S. 321 ff., Matthiass a. a. O. S. 208, Lobe a. a. O. S. 115, Haymann a. a. O. S. 544.

Auf Seite der Vertragstheorie ist derselben Meinung Windscheid-Kipp a. a. O. S. 656. Er schliesst daran das Zugeständnis, dass die Vertragskonstruktion im Gesetz nicht mit aller Folgerichtigkeit durchgeführt wird.

[2]) Vgl. Flechtheim a. a. O. S. 85.

Dieser Grund kann aber nicht durchschlagen; denn nicht die originäre Erschaffung der Einrede nach der Verjährung ist Billigkeitsrücksichten zuzuschreiben, sondern nur die Verlängerung der Einrede über den Termin der Verjährung hinaus ist Sache der Billigkeit gewesen.

Wenn der Käufer sogar nach der Verjährung die Zahlung des Kaufpreises verweigern kann, so muss er dies Recht um so eher auch schon vor der Verjährung gehabt haben. [1]) Es ist dies m. E. auch gesetzlich festgelegt in dem Wörtchen „auch".

Inhalt der Einredebefugnis des Käufers ist nun, die Zahlung des Kaufpreises zu verweigern.

Die gegnerische Behauptung aber, dass mit dieser Verweigerung die Wandelung durchgeführt wird, ist nicht richtig. [2])

Denn die Wirkung ist keine Kaufsaufhebung. Eine solche wird von unserer Einrede auch nicht geltendgemacht. [3])

[1]) Dies ist herrschende Ansicht sowohl auf Seite der gemeinrechtlichen wie der Vertragstheorie. Vgl. Eccius a. a. O. S. 322, Matthiass a. a. O. S. 208., Lobe a. a. O. S. 115, Planck zu § 478, Note 3a, Staffel a. a. O S. 673, Windscheid-Kipp a. a. O. S. 656 ff., Kuhlenbeck a. a. O. S. 263, Kloss a. a. O. S. 309.

Anderer Meinung Neumann a. a. O. S. 221 zu § 462 Note 1b, und Flechtheim a. a. O. S. 86 ff.

Neumann bestreitet die Existenz einer Wandelungseinrede und giebt dem Käufer nur ein Zurückbehaltungsrecht. Die unnatürlichen Konsequenzen dieser Auffassung s. bei Eccius a. a. O. S. 322.

Flechtheim leitet die Wandelungseinrede aus der Chikaneeinrede ab. M. E. ist dieser komplizierte Prozess, wenn auch vielleicht nicht falsch, so doch überflüssig. Eingehendere Beurteilung findet sich bei Werner a. a. O. S. 282.

Ueber die juristische Konstruktion der perpetuierten Wandelungseinrede vgl. Planck I. zu § 222 Note 30: Der Verjährung unterliegen Ansprüche und aus solchen abgeleitete Einreden, dagegen selbständige Einreden nicht. Nach allgemeinen Grundsätzen ist die Wandelungseinrede nicht selbständig, da sie auf dem Wandelungsanspruch beruht. Ausnahmsweise bestimmt nun das Gesetz, sagt Plonk, dass hier ein gleicher Thatbestand nicht Anspruch und abhängige Einrede, sondern Ansprache und selbständige Einrede erzeugt. Infolgedessen ist die Perpetuation begründet.

[2]) Vgl. zum Folgenden die geistvollen Ausführungen von Staffel a. a. O. S. 665 ff, insbesondere § 673 ff.

[3]) Man kann nicht aus der Thatsache, dass der Verkäufer auf die Einrede mit seiner Klage abgewiesen wird, einfach „einen Schritt weiter gehend" schliessen, dass mit einem derartigen Urteil die Wandelung ipso iure vollzogen wird. So Leistner a. a. O. S. 42.

„Weigerung" ist nur die Wiedergabe des Inhalts der Einrede überhaupt. Die Einrede im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuches ist allgemein „das Recht, eine an sich geschuldete Leistung zu verweigern." In dieser Definition liegt aber, dass es der Einrede unmöglich ist, die Vernichtung eines Geschäftes zu erreichen, wie das bei der Wandelung der Fall ist. Würde die Einrede die Aufhebung eines Geschäftes durchführen wollen, so müsste sie einmal aktiv zerstörend wirken und dann sich auf das Geschäft im ganzen beziehen. Ihre Thätigkeit ist aber nur eine „Weigerung", d. h. ihr ist eine passive Funktion, nicht der Zweck, etwas zu realisieren, sondern nur der Zweck, etwas zu paralysieren, zugewiesen. [1])

Den Angriffspunkt der Einrede bildet aber auch garnicht das ganze Geschäft, sondern nur ein Anspruch aus dem Geschäft.

Der Anspruch ist das Recht, eine Leistung zu verlangen. (§ 194 B. G. B.)

Die Einrede ist das Recht, eine Leistung zu verweigern.

Die Wirkung der Einrede ist nun sogar so beschränkt, dass ihr die vollständige Beseitigung des Anspruches auch versagt ist. Wenn sie dies Ziel erreichen wollte, könnte sie es nur durch das Mittel des richterlichen Urteils. Ein solches ist aber nicht möglich, weil es auf die Einrede eine direkte richterliche Entscheidung nicht giebt.

Die einzige Einwirkung, die somit für die Einrede übrig bleibt, ist die, dass sie dem gegnerischen Anspruch seine Erzwingbarkeit nimmt. Das Einrederecht ist damit charakterisiert als das Recht auf richterlichen Schutz gegen den Versuch der Erzwingung des Gläubigerrechts. Wo der Schuldner dies Recht besitzt, hat er die Möglichkeit, die Befriedigung des Gläubigers zu verweigern.

Die Wandelungseinrede weicht nun in keinem Punkte von dem allgemeinen Charakter der Einrede ab. Daraus folgt, dass sie nicht die Aufhebung des Kauf-

[1]) Vgl. Flechtheim a. a. O. S. 81.

geschäfts d. h. die Wandelung erreichen, vielmehr nur den Anspruch des Verkäufers abwehren kann.

Deshalb irren die Gegner der Vertragskonstruktion, wenn sie meinen, bei der Wandelungseinrede liege ein Fall der Wandelung ohne Wandelungsvertrag vor.

Diese Ansicht beruht auf einer unrichtigen Uebertragung der Funktion des Wandelungs a n s p r u c h s auf die Wandelungseinrede. Nach den obigen Ausführungen hat allgemein die Einrede eine andere Rechtsnatur als der korrespondierende Anspruch. Der Anspruch liegt der Einrede zu Grunde, sie beruht auf ihm, aber Tragweite des Anspruchs und der Einrede sind völlig verschieden.

Dies gilt auch für die Wandelungseinrede. Und deshalb darf man auch nicht, wie es die Gegner thun, sagen, dass die Vertragskonstruktion, die bei der Wandelungseinrede nicht zum Ausdruck kommt, auch für den Wandelungsanspruch nicht gelten dürfe. —

Von § 466 wird behauptet, dass der in ihm erwähnte Vollzug der Wandelung dem des § 465 widerspreche. Diese Annahme hat den Gegnern der Vertragstheorie als Stütze der schon früher erwähnten Behauptung gedient, dass § 465 garnicht den allgemeinen und einzigen Vollzug der Wandelung bezeichnen wolle. [1]) § 466 lautet:

„Behauptet der Käufer dem Verkäufer gegenüber einen Mangel der Sache, so kann der Verkäufer ihn unter dem Erbieten zur Wandelung und unter Bestimmung einer angemessenen Frist zur Erklärung darüber auffordern, ob er Wandelung verlange. Die Wandelung kann in diesem Falle nur bis zum Ablaufe der Frist verlangt werden."

Man nimmt an, dass nach § 466 der V e r k ä u f e r derjenige sei, der die Offerte zur Wandelung stelle, sodass die Wandelung hier nicht vollzogen sei, „wenn

[1]) Vgl. Eccius a. a. O S. 327, Lobe a. a. O. S. 108.

sich der Verkäufer auf Verlangen des Käufers mit ihr einverstanden erkläre.“ (§ 465) [1])

Nun muss zugegeben werden, dass das Wandelungsgeschäft sich im vorliegenden Falle einfacher abwickelte, wenn die Wandelung hier bereits mit der Erklärung des Käufers vollzogen wäre. Man könnte zur Verteidigung der Vertragstheorie auch sagen, dass trotzdem prinzipiell die Vollziehung dieselbe sei wie in § 465, da sie ja auch durch Vertrag geschehe. [2])

Aber nach meiner Auffassung lässt sich die bezeichnete Auslegung nicht mit dem Text des § 466 vereinen. Die Erklärung des Verkäufers wird ein „Erbieten“ und nicht ein „Verlangen“ genannt. Zugegeben auch, dass man unter diesem Ausdruck einen Vertragsantrag verstehen kann, aber der Verkäufer fordert nun nach dem Gesetzestext den Käufer dazu auf, zu erklären, ob e r Wandelung „verlange“. „Die Wandelung kann in diesem Falle nur bis zum Ablaufe der Frist „verlangt“ werden.“

Nach dieser Ausdrucksweise des Gesetzes ist der Käufer derjenige, der den Wandelungsantrag macht, und die Wandelung kommt erst zum Vollzug entsprechend dem § 465, wenn der Verkäufer diesen neuen Antrag annimmt.

Zwischen § 465 und § 466 herrscht also, was die Konstruktion der Wandelung anlangt, kein Widerspruch.—

Haymann erblickt im Wortlaut des § 480 den „schlagendsten“ Beweis dafür, dass § 465 nicht im Sinne der Vertragstheorie ausgelegt werden könne. [3])

Nach § 480 kann der Käufer einer Gattungssache statt der Wandelung verlangen, dass ihm anstelle der mangelhaften Sache eine mangelfreie geliefert wird. Auf diesen Anspruch finden nach Satz 2 u. a. die Vorschriften der § 464—466 Anwendung, also auch § 465.

---

[1]) Siehe vor. Anm. Ausser den dort Genannten vgl. noch Planck a. a. O. zu § 466 Note 4 und Windscheid-Kipp a. a. O. S. 659.

[2]) Vgl. Haymann a. a. O. S. 543.

[3]) Haymann a. a. O. S. 545 ff.

Vom Standpunkt der Vertragskonstruktion bestehe nun, sagt Haymann, zwischen den beiden Sätzen des § 480 ein Widerspruch. Der Anspruch auf Nachlieferung sei kein Anspruch auf Vertragsschluss; die Bezugnahme des § 465 besage aber, dass der Käufer zunächst keinen Anspruch auf thatsächliche Nachlieferung, sondern nur einen Anspruch auf Vertragsannahme gegen den Verkäufer habe.

Letzteres trifft nicht zu, und damit fällt der behauptete Widerspruch. Haymann überträgt den § 465 in vollem Umfange, er soll aber „entsprechend" angewandt werden. Bei der aus dem Wortlaut zu entnehmenden völligen Gewissheit, dass es sich bei dem Anspruch des § 480 um einen wahren Leistungsanspruch handelt, kann die „entsprechende" Anwendung von § 465 nur darin bestehen, dass die in der Vertragskonstruktion auch zum Ausdruck kommende Bestimmung des jus variandi für den Anspruch des § 480 gelten soll. [1])

Von der Uebertragung der Vertragskonstruktion im Allgemeinen kann keine Rede sein.

§ 66

b) allgemeinen Inhalts.

Zu einem nicht so glatten Resultat kommt man, wenn man auf den Wandelungsvertrag der §§ 465 und 466 die allgemeinen Vertragsgrundsätze zur Anwendung zu bringen sucht. Hier ergeben sich in der That manche Widersprüche, und es erweist sich, dass der Wandelungsvertrag schlechtweg allen Grundsätzen des Vertrages nicht unterworfen werden kann. [2])

Lobe hat diese Frage eingehend untersucht und ist zu interessanten Ergebnissen gekommen. Es sei auf ihn verwiesen. [3])

Nur ein Punkt soll hier zur Sprache gebracht werden, in dem der Vorwurf der Inkonsequenz, der

[1]) Vgl. auch Planck a. a. O. zu § 480 Ziff. 4b.

[2]) Das hat wohl auch der Gesetzgeber, als er die Konstruktion festlegte, nicht gewollt.

[3]) Vgl. Lobe a. a. O. S. 108 ff.

gerade hier am häufigsten angeknüpft hat [1]), unbegründet ist.

Es wird nämlich vielfach die Ausnahme von den allgemeinen Vertragsgrundsätzen aufgestellt, dass die allgemeine Bestimmung des § 147, wonach die Offerte zum Vertrage während einer angemessenen Annahmefrist für den Antragsteller bindend ist, für die Wandelungsofferte nicht gelte. [2]) Anscheinend wird die Bestimmung dieser Ausnahme in den § 465 hineingelegt.

Aus der Anschauungsweise der gemeinrechtlichen Theorie ist diese Interpretation auch erklärlich. Wenn § 465 nur den Endpunkt des jus variandi des Käufers angeben soll, so ist es im Sinne dieser Theorie, dass bis zu diesem Endpunkte das jus variandi dem Käufer auch vollständig gewahrt ist.

Vom Standpunkte der Vertragstheorie aber entbehrt die bezeichnete Auffassung jeder Begründung im Text des § 465. [3]) Dieser spricht nur allgemein von dem Vollzug der Wandelung durch einen Vertrag, sagt aber nichts davon, dass die Offerte zu diesem Vertrage von der allgemeinen Vertragsofferte abweichen soll.

Was die materielle Seite der Frage anlangt, so wird von gegnerischer Seite darauf hingewiesen, dass es unzweckmässig sei, dem Käufer die Möglichkeit zum Widerruf zu nehmen, weil für ihn, wenn er den einen Antrag gestellt habe, immer noch Umstände eintreten könnten, die ihm den anderen begehrenswerter erscheinen liessen. [4])

M. E. ist die aufgestellte Ausnahme aber auch materiell nicht zu begründen. Die Bindung während der kurzen Frist des § 147 Abs. 2 ist für den Käufer zum Mindesten nicht nachteiliger als für jeden anderen Offerenten. Denn auch bei diesem können jederzeit Um-

[1]) Vgl. u. a. Matthiass a. a. O. S. 206, Haymann a. a. O. S. 543.

[2]) Vgl. Leistner a. a. O. S. 38, Plank zu § 465 Note 1, Windscheid-Kipp a. a. O. S. 659 und vor. Anm.

[3]) Ebenso Eccius a. a. O. S. 323, Lobe a. a. O. S. 109.

[4]) Vgl. Protokolle S. 708.

stände eintreten, die ihm ein Abgehen vom Vertragsantrage wünschenswert erscheinen lassen. Die Massregel dient eben vorwiegend dem Interesse des anderen Vertragsteils.

2. Praktische Konsequenzen der Vertragskonstruktion.

§ 7.

a) Verbindung der Wandelungs- mit der Leistungsklage.

Am heftigsten wird die Vertragskonstruktion von den Gegnern angegriffen, weil sie in der praktischen Durchführung zu unangenehmen Konsequenzen führe.

Namentlich sollen sich diese im Prozess zeigen.

Wenn der Verkäufer die Annahme des Wandelungsantrages verweigert, so muss der Käufer auf die Vertragsannahme klagen. Die Erklärung des Verkäufers wird dann durch das richterliche Urteil ersetzt. Gemäss § 894 C. P. O. gilt aber die Erklärung als abgegeben erst mit Rechtskraft des Urteils. [1]) Mit diesem Augenblick entsteht also erst der Anspruch des Käufers auf Realisierung der Rückgewähr, denn der Wandelungsanspruch geht ja nur auf die Vollziehung der Wandelung, die Vollziehung des Aufhebungsvertrages.

Es wäre nun in der That praktisch ein sehr unglückliches Resultat, wenn der Käufer, falls eine friedliche Einigung misslänge, den Erfüllungsanspruch erst mit

[1]) Von der Anschauung, dass die Wandelungsklage des Käufers auf Ersatz der Vertragsannahme gehe, weicht auf der Seite der Vertragstheorie nur Crome ab — a. a. O. S. 460 Anm. 12 —. Seiner Ansicht nach ist die Wandelungsklage nicht ein in Prozessform gekleideter Vertragsantrag, vielmehr „wahre Klage" und ein Antrag auf „gerichtliche Feststellung des Wandelungsrechts und Rückgabe des Kaufpreises". Das auf diese Klage ergehende Urteil vollziehe demnach als solches die Wandelung und zwar mit Rückwirkung im Sinne des § 467. Crome stützt seine Auffassung auf nichts weiter wie die Bemerkung, dass die andere Konstruktion verkünstelt sei. Auch wenn dieser Vorwurf berechtigt wäre, reichte er allein nicht hin, um die Vertragskonstruktion, falls sie sonst feststeht, für das prozessuale Gebiet ausser Anwendung zu setzen. Da es einmal Klagen auf Abgabe einer Willenserklärung und einen Ersatz der Willenserklärung durch richterliches Urteil giebt, so besteht kein Grund, weshalb der Wandelungsanspruch, der ausserprozessual auf Vertragsannahme geht, im Prozess dies Ziel nicht beibehalten sollte.

Rechtskraft des Wandelungsurteils erheben könnte. Man denke nur daran, dass der erste Prozess noch durch mehrere Instanzen geht. [1]) Dadurch würde eine Verschleppung eintreten, die für den Käufer sehr ungünstig wäre.

Deshalb ist von allen Vertretern der Vertragstheorie darauf hingewiesen worden, dass es zulässig sein müsse, beide Ansprüche im Prozess zu verbinden. [2])

Die Protokolle haben die Zulässigkeit dieser Verbindung als selbstverständlich bezeichnet. [3])

Nicht ohne Grund ist dies „selbstverständlich" aber auf starken Widerspruch gestossen. [4]) Denn selbstverständlich ist die Zulässigkeit der Verbindung des Wandelungs- und des Leistungsanspruches wirklich nicht. Im Gegenteil müsste auch m. E. eine strenge Durchführung der Vertragskonstruktion die Verbindung hindern.

Lässt man anderseits die Verbindung der Ansprüche zu, so ergiebt sich, worauf Matthiass mit Recht hinweist, dass die Vertragskonstruktion nur geringe materielle Aenderungen bringt. [5]) Für den Prozess gar keine. Denn der Vertragschluss spielt dann keine Rolle, da der Käufer sofort auch den Leistungsanspruch erheben kann. Wenn die II. Kommission selber die Verbindung der beiden Ansprüche betont, so wird recht deutlich, dass sie die Vertragskonstruktion nur aus konstruktiven Rücksichten in das Gesetz eingeführt hat. [6])

---

[1]) Vgl. Kuhlenbeck a. a. O. S. 260 Anm. 1.

[2]) Vgl. Planck a. a. O. S. 253 zu § 467 Note 2h, Windscheid-Kipp a. a. O. S. 657, Kuhlenbeck a. a. O. S. 260, Flechtheim a. a. O. S. 73 ff., Kloss a. a. O. S. 290.

Die Zulässigkeit der gleichzeitigen Erhebung des Vollziehungs- und des Realisierungsanspruches giebt auf der Gegenseite Neumann zu — zu § 462 II. 1a.

[3]) Protokolle S. 680.

[4]) Vgl. Eccius a. a. O. S. 318 ff., Matthiass a. a. O. S. 206, Lobe a. a. O. S. 112, Mensing a. a. O. S. 18.

[5]) Siehe vor. Anm.

[6]) Als einen materiellen Vorteil der Vertragskonstruktion vor der actio redhibitoria kann man es bezeichnen, dass sie den regelmässigen Vollzug der Wandelung in das ausserprozessuale Gebiet verlegt, wodurch die Parteien mehr als bisher auf friedliche Einigung hingewiesen sind.

Unter den Gegnern hat jedoch namentlich Eccius die Möglichkeit der Verbindung scharf verneint. Er hat darauf hingewiesen, es gebe keine Klage auf Leistungen, die unter der Bedingung angestellt werde, dass der Verklagte einen Vertrag schliessen werde, und ebensowenig könne unter der Bedingung, dass der Verklagte zu einem Vertragschluss in demselben Rechtsstreit werde verurteilt werden, schon jetzt auf eine erst nach dem Vertragschluss zu beanspruchende Leistung geklagt werden. Ein Anspruch, dessen Nativität erst hinter der Rechtskraft eines im Prozess erbetenen Urteils liege, sei notwendig, solange der Prozess dauere, actio nondum nata. [1])

Unter den Ansichten, die die Verbindung der Ansprüche begründen wollen, lässt zunächst eine die Eccius'schen Argumente ganz unangefochten. [2])

Sie beruft sich auf den § 259 C. P. O., nach der Klage auf künftige Leistung stets dann erhoben werden kann, wenn „den Umständen nach die Besorgnis gerechtfertigt ist, dass der Schuldner sich der rechtzeitigen Leistung entziehen werde." Diese Besorgnis, wird von dieser Seite behauptet, sei stets vorhanden, wenn der Verkäufer auf eine friedliche Vollziehung der Wandelung nicht eingehen wolle.

Demgegenüber wird von anderer Seite geltend gemacht, dass die Besorgnis, die Leistung des Verkäufers werde ausfallen, dann noch nicht vorliege, weil ja der Leistungsanspruch noch garnicht an den Verkäufer herangetreten sei, und er diesem gegenüber noch garnichts Besorgniserregendes kundgetan, sondern nur den Antrag auf Vertragschluss abgelehnt habe. [3])

Der Konstruktion als Rücktrittsrecht ist die Vertragskonstruktion materiell deshalb vorzuziehen, weil sie im Gegensatz zu dieser einer leichtsinnigen Aufhebung des Kaufes vorbeugt. Vgl. Flechtheim a. a. O. S. 66.

[1]) Vgl. Eccius a. a. O. S. 320.

[2]) Vgl. Kuhlenbeck a. a. O. S. 260 Anm. 1, Kloss a. a. O. S. 290.

[3]) Vgl. Lobe a. a. O. S. 112.

Dies Argument ist m. E. aber nicht im Sinne des § 259 C. P. O., denn der § 259 C. P. O. verlangt nicht, dass das direkte Verhalten dem Leistungsanspruche gegenüber die Besorgnis begründe, sondern nur sehr allgemein, dass „den Umständen nach" die Besorgnis gerechtfertigt sei.

Bei dem engen Zusammenhange aber, der zwischen dem Wandelungsvertrage und seiner Realisierung besteht, könnte man wohl die Verweigerung der Mitwirkung zu dem Vertrage als Umstand, aus dem die Besorgnis der Nichtrealisierung der Vertragsfolgen herzuleiten ist, verwerten.

Immerhin erscheint auch mir das von Kuhlenbeck empfohlene Mittel, die Verbindung zu erreichen, als ein nicht sehr befriedigender Notbehelf.

In Gegensatz zu den Eccius'schen Ausführungen tritt die von Flechtheim vertretene Auffassung.[1]) Flechtheim meint, nicht die Klage sei bedingt angestellt, sondern der Anspruch sei ein bedingter. Als richtig giebt er zu, dass die Begründetheit des ersten Klagantrages präjudiziell sei für den zweiten, und die Wandelung, die condicio juris für den Anspruch auf Rückleistung, erst erfüllt sei mit der rechtskräftigen Verurteilung zur Einwilligung. Aber die Nativität des zweiten Anspruches liege nicht hinter, sondern in der Rechtskraft derselben. Da nun erst das rechtskräftige Urteil massgebende autoritative Bedeutung habe, weil der Richter in diesem Moment judizierend gedacht werde, so „stehe nichts im Wege, dass der Richter in einem Atem verurteile, damit Rechtswirkungen schaffe, und auf Grund dieser Rechtswirkungen eine weitere Verurteilung folgen lasse. Alle vorausgehenden Prozessakte seien nur Vorbereitung, aber noch kein Urteil."

Diese Flechtheim'sche Argumentation, die anfangs blenden kann, ist von Matthiass ihres Glanzes entkleidet

[1]) Vgl. Flechtheim a. a. O. S. 73 ff.

worden. Wie Matthiass richtig darlegt,[1]) geht Flechtheim mit seinen Ausführungen garnicht auf die Berechtigung der gleichzeitigen Erhebung beider Klagen ein, sondern nur darauf, dass begrifflich nichts im Wege steht, dass das Urteil auf den Leistungsanspruch im gleichen Augenblick wie das Urteil auf den Vertragsantrag rechtskräftig wird.

Das ist aber, so richtig es sein mag, eine ganz andere Frage, die die Berechtigung der gleichzeitigen Erhebung beider Klagen schon zur Voraussetzung hat. Ueber diese selber ist damit nichts bewiesen.

Eine Bekämpfung der Eccius'schen Auffassung muss m. E. anknüpfen an den Ausdruck „ebensowenig" in dem vorhin citierten Eccius'schen Ausspruche. Da stellt Eccius den gedachten Fall, worin A aus einem Vertrage, den er mit dem ihm vorläufig unverpflichtet gegenüberstehenden B erst zu schliessen wünscht, schon vor Abschluss klageweise einen Anspruch erhebt, völlig gleich dem zweiten, in dem B verpflichtet ist, mit A einen Vertrag bestimmten gesetzlichen Inhalts zu schliessen.

Diese beiden Fälle sind aber durchaus verschieden, und der zweite liegt beim Wandelungsvertrage vor.

Der Wandelungsvertrag ist, wenn er auch im Allgemeinen den Vertragsnormen unterliegt, doch kein gewöhnlicher Vertrag in dem Sinne, dass sein Abschluss ganz von dem freien Willen der Parteien abhängt. Vielmehr stellt der Antrag zu seinem Abschluss nicht nur einen blossen Antrag, sondern zugleich ein gesetzlich gerechtfertigtes Verlangen dar, dem der andere Teil nachkommen muss.[2])

Auch der Inhalt des Wandelungsvertrages unterscheidet sich von dem gewöhnlichen Vertrage dadurch, dass er nicht unmittelbar von den Parteien erdacht, sondern diesen vom Gesetz an die Hand gegeben wird.

---

[1]) Vgl. Matthiass a. a. O. S. 207.

[2]) An einer anderen Stelle — a. a. O. S. 323 — spricht dies cius selber aus. Vgl. auch Lobe a. a. O. S. 106.

Angewandt auf unsere Frage: In dem I. Falle des gewöhnlichen Vertrages hat der Betreffende gar keinen Grund vor Abschluss des Vertrages den Anspruch aus diesem Vertrage zu erheben.

Im zweiten Fall des Wandelungsvertrages ist zwar auch vor Abschluss der Grund des Leistungsanspruches noch nicht vorhanden, aber wenigstens der Grund des Grundes, das Recht auf den Vertragschluss. [1] [2])

Und insofern hat Neumann m. E. völlig Recht, wenn er diesen Fall vergleicht mit der Klage aus dem pactum de contrahendo bestimmten Inhalts, [3]) wenn auch Eccius diesen Vergleich bekämpft, weil beim pactum de contrahendo schon beide Teile gebunden seien, beim Wandelungsverlangen nur einer [4])

Das Wesentliche und das tertium comparationis ist, dass bei beiden der Grund des Grundes des erhobenen Anspruchs vorhanden ist. Die von Eccius vorgebrachte Ungleichheit ist m. E. unwesentlich, denn es kommt für diese Frage nicht so darauf an, dass der Käufer bei Erhebung des Wandelungsverlangens schon

---

[1]) Vgl. Kipp a. a. O. S. 62 und Kohler im Civil. Archiv Bd. 80 S. 288, der die Verbindung derartiger Ansprüche ganz allgemein für zulässig erklärt.

[2]) Ebenso wie Eccius setzt Haymann — a. a. O. S. 516 ff. — die oben bezeichneten Fälle des gewöhnlichen und des Wandelungsvertrages völlig gleich.

Er bemerkt noch, ob der Verkäufer zum Vertragschluss verpflichtet sei, stehe ja, solange er sich weigere und nicht durch rechtskräftiges Urteil schon über seine Weigerung entschieden sei, gänzlich dahin. Deshalb gebe es keinen Unterschied beider Fälle.

M. E. ist dies von Haymann schief angesehen. Selbstverständlich ist endgültig das Recht des Käufers vor dem rechtskräftigen Urteil nicht festgestellt. Das Recht des Käufers kann im Stadium der Klageerhebung natürlich nur erst als Behauptung auftreten. Nichtsdestoweniger begründet es auch in dieser Gestalt einen grossen Unterschied. Denn es ist doch wohl ein fundamentaler Unterschied, ob der Kläger die Verpflichtung des Beklagten zum Abschluss des Vertrages behauptet und damit für sein Verlangen aus diesem Vertrage einen Grund schafft, oder ob er den Anspruch nur mit dem Hinweis auf einen ungewissen in der Zukunft abzuschliessenden Vertrag erhebt.

[3]) Vgl. Neumann in der I. Aufl. zu § 462 Anm. 26.

[4]) Vgl. Eccius a. a. O. S. 321, Matthiass a. a. O. S. 206, Haymann a. a. O. S. 514. Matthiass giebt trotzdem zu, dass in der Deduktion Neumanns eine richtige Erkenntnis liegt.

unwiderruflich an dasselbe gebunden ist, wie darauf, dass er berechtigt ist, es zu erheben.

Die bezeichneten Eigenschaften des vom Käufer gestellten Wandelungsantrages dürften nun m. E. prozessual ein genügendes Fundament zur gleichzeitigen Erhebung des Leistungs- mit dem Wandelungsverlangen bilden.

Die Praxis hat auch stets die Verbindung von Ansprüchen zugelassen, die in dem gleichen Verhältnis zu einander stehen wie die hier behandelten. Die Römer, deren Prozess doch formalistisch genug war, gestatteten ohne Bedenken die gleichzeitige Erhebung der Klage des Universalfideikommissars auf Antritt des Erben und Restitution, der Klage auf Wiedereinsetzung und der auf Erfüllung des durch die Wiedereinsetzung erst zu schaffenden Anspruchs und der querela inofficiosi testamenti mit der hereditatis petitio.[1])

Von der gemeinrechtlichen Praxis wurde auch die Verbindung des Vertrags- und des Leistungsanspruches aus dem pactum de contrahendo bestimmten Inhalts gestattet.[2])

---

[1]) Vgl. Kipp a. a. O. S. 61, 62.

Gegen den Vergleich dieser römischen Ansprüche mit den hier in Frage kommenden polemisiert Haymann — a. a. O. S. 514 — Hinsichtlich der ersten Klagen meint er, das römische Recht hätte, wenn es den Gedanken konsequent durchgeführt hätte, dass das Universalvermächtnis wie jedes andere Legat erst mit dem Antritt der Erbschaft erworben werde, dem Universalfideikommissar vor diesem Zeitpunkte gar keinen Anspruch zubilligen dürfen.

Was diese Bemerkung für ein Argument gegen die oben gezogene Parallele mit den Wandelungsansprüchen darstellen soll, ist mir nicht klar. Es kommt hier nicht darauf an, ob der erste Anspruch in dem römischen Beispiel zu Recht besteht oder nicht, sondern es ist hier nur davon die Rede, dass der erste präjudiziell ist für den zweiten, und trotzdem der zweite mit dem ersten in einer Klage verbunden wird.

Auch der gegen die Heranziehung der beiden letzten Beispiele erhobene Einwand, dass es dort auf eine Aufhebung rechtlicher Wirkungen durch Richterspruch, beim Wandelungsanspruch dagegen auf einen Ersatz der Willenserklärung abgesehen sei, ist m. E. bedeutungslos. Denn im Zweck treffen die Ansprüche zusammen, und der springende Punkt, das Verhältnis des Anspruches auf Aufhebung zu dem Anspruch aus der Aufhebung, ist in den römischen Klagen wie bei den Wandelungsansprüchen genau der gleiche.

[2]) Vgl. Matthiass a. a. O. S. 206.

Die neueste Praxis hat schliesslich auch schon die Verbindung der hier behandelten Ansprüche zugelassen. [1])

Eine eigenartige Wendung giebt noch der Frage Matthiass dadurch, dass er geltend macht, wenn auch die Verbindung der Ansprüche zulässig sei, so gebe es doch kein Mittel, weder materiellrechtliches noch prozessrechtliches, den Käufer zu einer Verbindung der Ansprüche zu zwingen. [2])

Man kann diese Einwendung wohl als eine rein theoretische bezeichnen. Es ist kaum anzunehmen, dass ein Käufer jemals die Möglichkeit der Verbindung, die hauptsächlich seinem Interesse dient, nicht ausnützen sollte. Undenkbar ist aber der Fall natürlich nicht. Und möglich ist dann auch die weitere Folge, dass später über den Anspruch aus der Wandelung noch einmal ein besonderer Prozess geführt wird. Eine Bedeutung darf man dieser Erscheinung aber m. E. nicht beilegen. Einmal wird sie, wie gesagt, in praxi sich wahrscheinlich niemals zeigen. Vorkommendenfalls würde der zweite Prozess, da er mit dem Wandelungsurteil so eng zusammenhängt, im Handumdrehen erledigt sein.

§ 8.

b) Vorläufige Vollstreckbarkeit des Urteils.

Nächst der Verbindung des Wandelungs- und des Leistungsanspruches in der Klage ist die praktisch bedeutsamste Frage, ob es eine vorläufige Vollstreckbarkeit des auf die Leistungsklage ergangenen Urteils giebt.

---

[1]) Vgl. das Urteil des Kgl. Oberlandesgerichts Marienwerder vom 5. November 1901 in der „Juristischen Monatsschrift für Posen, West- und Ostpreussen“ Jahrgang 1902 No. 2, S. 18. Hier war sogar ein ausdrücklicher Antrag, dass der Beklagte verurteilt werde, in die Wandelung zu willigen, vom Kläger nicht gestellt. „Indess, sagt das Urteil, war der Antrag als stillschweigend gestellt zu erachten, weil der Kläger diejenigen Folgerungen auszusprechen beantragte, die nur aus der geschehenen Wandelung sich ergeben können.“

[2]) Vgl. Matthiass a. a. O. S. 207.

Diese Frage ist von vielen und nicht nur Gegnern der Vertragskonstruktion verneint worden.[1])

Man hat als Grund angeführt, für Urteile auf Abgabe einer Willenserklärung gebe es keine vorläufige Vollstreckbarkeit. Da deshalb die Annahmeerklärung des Verkäufers gemäss § 894 C. P. O. in jedem Falle erst mit Rechtskraft des Wandelungsurteils abgegeben gelte, so könne selbstverständlich auch die Verurteilung zur Rückleistung nicht vor Rechtskraft des Wandelungsurteils für vorläufig vollstreckbar erklärt werden.[2])

Dies ist nun, darin haben die Gegner der Vertragskonstruktion Recht, ein sehr unangenehmes Ergebnis.

Obendrein gerät man mit ihm in ein Netz von Widersprüchen. Denn wenn die vorläufige Vollstreckbarkeit des Urteils den Bestimmungen der Civil-Prozess-Ordnung widerspricht, so setzt sich anderseits die Versagung der vorläufigen Vollstreckbarkeit in Widerspruch zu Prozess- und materiellem Recht. Sehr richtig erwähnt nämlich Matthiass, dass Leistungsurteile unter gewissen Voraussetzungen für vorläufig vollstreckbar erklärt werden müssen.[3])

Namentlich ist es aber gewiss nicht im Sinne des materiellen Rechts, dass dem Käufer die für ihn so wichtige vorläufige Vollstreckbarkeit versagt sein soll.

Der Ersatz, den Flechtheim ihm in der Gestalt des Arrestes und der einstweiligen Verfügung geben will, erreicht das, was die vorläufige Vollstreckbarkeit leistet, natürlich nicht im Entferntesten.[4])

---

[1]) Vgl. Eccius a. a. O. S. 332, Matthiass a. a. O. S. 207, Neumann a. a. O. zu § 462 Note II. 1a, Lobe a. a. O. S. 111, Planck zu § 467 Note 2 h, Flechtheim a. a. O. S. 76, Werner a. a. O. S. 282.

[2]) Scherer — a. a. O. S. 162 — meint zwar, es stehe nichts im Wege, nur einen Teil des Urteils für vorläufig vollstreckbar zu erklären. Wie soll das aber möglich sein? Die Vollstreckung des Rückzahlungsanspruches kann doch wohl nicht vor seiner Entstehung liegen, seine Entstehung fällt aber erst zusammen mit der Rechtskraft oder vorläufigen Vollstreckbarkeit des Wandelungsanspruches.

[3]) Vgl. Matthiass a. a. O. S. 207, auch Haymann a. a. O. S. 514.

[4]) Vgl. Flechtheim a. a. O. S. 76.

Es giebt nur eine Auffassung, von der diese unangenehme Situation aus den Angeln gehoben wird. Dass Urteile auf Abgabe einer Willenserklärung nicht für vorläufig vollstreckbar erklärt werden können, ist nämlich zwar herrschende Meinung, aber Kipp hat die entgegengesetzte Ansicht schon zu einer Zeit, als man ihre Bedeutung für die Wandelungskonstruktion des Bürgerlichen Gesetzbuches noch nicht ahnte, mit grosser Ueberzeugung entwickelt. [1])

Der Kipp'schen Argumentation ist gewiss Schlüssigkeit nicht abzusprechen. Die bezeichneten Urteile seien in der Civil-Prozess-Ordnung nirgends ausdrücklich ausgenommen. Bei der Wichtigkeit der Frage könne aber der Gesetzgeber die Aufstellung dieser Ausnahme unmöglich nur vergessen haben. § 895 C. P. O. — Eintragung einer Vormerkung oder eines Widerspruches in das Grundbuch auf Grund eines vorläufig vollstreckbaren Urteils auf Abgabe einer Willenserklärung — beweise aber auch positiv, dass es eine vorläufige Vollstreckbarkeit solcher Urteile gebe.

Der Umstand, dass keine der Zwangsvollstreckungsbestimmungen in der Civil-Prozess-Ordnung ausser derjenigen in § 894 auf diese Urteile passe, [2]) sei keine Widerlegung, sondern lasse nur folgern, dass auch die Vollstreckung dieser Urteile durch § 894 C. P. O. erledigt sei; d. h. wenn ein solches Urteil für vorläufig vollstreckbar erklärt werde, gelte die Willenserklärung abgegeben bereits mit Verkündung des Urteils.

Folgt man Kipp, so bietet die Frage, von der wir ausgingen, keine Schwierigkeit. Mit der vorläufigen Vollstreckbarkeit des Urteils auf Annahme des Wandelungsantrages ist auch die Grundlage für die sofortige vorläufige Vollstreckbarkeit der Verurteilung zur Rückleistung hergestellt.

---

[1]) Vgl. Kipp a. a. O. S. 115 ff.

[2]) Auch nicht die Bestimmungen über die Zwangsvollstreckung zur Erwirkung von Handlungen, denn die Willenserklärung sei keine Handlung im Sinne dieses Abschnittes.

§ 9.

c) Wandelungs-Einwand und Einrede.

Wichtige praktische Fragen haben sich im Anschluss an den Wandelungseinwand und die Wandelungseinrede erhoben. Beide sind auseinanderzuhalten.[1]) Der Wandelungseinwand setzt den geschlossenen Wandelungsvertrag, die Wandelungseinrede nur den Anspruch auf den Abschluss dieses Vertrages voraus.

Der Wandelungseinwand kommt zur Geltung gegenüber der nach Vollzug der Wandelung erhobenen Klage des Verkäufers auf den Kaufpreis. Der Verkäufer wird auf den erhobenen Einwand mit seiner Klage abgewiesen, auch dann, wenn der Käufer die Kaufsache noch in Händen hat und es unterlässt, zugleich mit der Erhebung des Einwandes ihre Rückgabe anzubieten. Denn da der klägerische Anspruch sich auf den Kaufvertrag gründet, dieser aber durch die Wandelung beseitigt worden ist, so hat wenigstens der Kaufpreisanspruch alle Kraft verloren.[2])

Dies Resultat wird vielfach, so von Matthiass und Flechtheim, als ein wenig befriedigendes bezeichnet.[3])

Flechtheim hat deshalb versucht, zu beweisen, dass der Wandelungsbegriff, richtig aufgefasst, einen solchen Fall überhaupt ausschliesse.

Er führt aus, wenn nur der Verkäufer geleistet habe, so werde durch die darauf folgende Wandelung zwar nur eine Rückleistungsverbindlichkeit begründet, aber es trete ausserdem noch die Wirkung ein, dass die Kaufpreisforderung des Verkäufers erlösche. Daher stehe denn auch in diesem Falle das Erlöschen der Preisforderung zu der Rückgabe der Sache in demselben Abhängigkeitsverhältnisse wie sonst die Rückleistungen. Deshalb sei der Verkäufer garnicht verpflichtet, in die Wandelung einzuwilligen, falls ihm nicht schon bei der Wandelung die Sache zurückgegeben werde.

---

[1]) Vgl. Flechtheim a. a. O. S. 78.

[2]) Vgl. Planck zu § 478 Note 3a.

[3]) Vgl. Flechtheim a. a. O. S. 79ff., Matthiass a. a. O. S. 207.

Es ist offenbar, dass Flechtheim hier die Verpflichtung zum Abschluss des Wandelungsvertrages und die Verpflichtungen aus dem abgeschlossenen Wandelungsvertrage verwechselt.[1]) Nach § 467 und dem dort angezogenen § 348 des Rücktritts sowie dem allgemeinen Prinzip der gegenseitigen Verträge sind nur die Verpflichtungen, die sich aus diesen Verhältnissen erst ergeben, gegenseitige.

Wo, wie beim Wandelungsvertrag, bereits ein Zwang zum Abschluss eines Vertrages besteht, darf diese Verpflichtung nicht auf eine Stufe gestellt werden mit den erst aus dem abgeschlossenen Vertrage entstehenden Verpflichtungen.

Deshalb ist es nicht richtig, dass die Verpflichtung des Verkäufers zum Abschluss des Wandelungsvertrages in Abhängigkeit stehen soll von der erst aus der Wandelung sich ergebenden Verpflichtung des Käufers zur Rückgabe der Sache, und der Verkäufer nur gegen Rückgabe der Sache verpflichtet sein soll, in die Wandelung zu willigen. Der Verkäufer würde damit schon vor der Wandelung einen Anspruch erheben, den er erst aus der vollzogenen Wandelung hat. Seine Verpflichtung zum Abschluss des Wandelungsvertrages beruht nur auf dem Vorhandensein von Mängeln an der Kaufsache.

Dadurch kommen wir aber auf das Ergebnis zurück, das Flechtheim so gern vermeiden wollte, dass nämlich der Verkäufer auf den Wandelungseinwand des Käufers mit seiner Klage abgewiesen wird, ohne Rücksicht darauf, ob er seine Sache schon wiederbekommen hat oder nicht.

Mir erscheint dies aber garnicht als ein so unbilliges Resultat. Denn jeder Verkäufer muss sich doch sagen, dass er nach vollzogener Wandelung auf den Kaufpreis keinen Anspruch mehr hat, und dass es in jedem Falle falsch ist, auf diesen zu klagen. Als Mittel, zu seiner Kaufsache zurückzukommen, hat er ja aber die bequeme Klage aus der vollzogenen Wandelung.

---

[1]) Vgl. Matthiass a. a. O. S. 207.

Von einer Unbilligkeit könnte man allerdings reden, wenn sich herausstellte, dass auch auf die Wandelungseinrede der Verkäufer mit seiner Kaufpreisklage abgewiesen wird, ohne dass die Rückgabe der Kaufsache, die der Käufer empfangen hat, dabei in Frage kommt. Denn hier wusste der Verkäufer vielleicht noch garnichts von einer vom Käufer beabsichtigten Wandelung oder er hielt vielleicht das Verlangen des Käufers zur Wandelung nicht für berechtigt

Hier wäre der Verkäufer auch noch insofern in einer schlimmeren Lage, als er nach seiner Abweisung, um zu der Kaufsache zurückzugelangen, nicht einmal einen Anspruch aus der Wandelung — denn diese ist ja nicht zustandegekommen — sondern nur einen gewöhnlichen Kondiktionsanspruch hätte.[1])

In der Tat muss man m. E. zu diesem unbilligen Ergebnis gelangen.

Planck und Flechtheim glauben es vermeiden zu können, indem sie in der Wandelungseinrede des Käufers einen Antrag desselben zur Wandelung erblicken.[2])

Planck ist zwar nicht der Ansicht, dass die Wandelung dann durch das Urteil vollzogen werde, da die Einrede ja der Rechtskraft nicht fähig sei, er glaubt aber, der Verkäufer brauche diesen Antrag nur freiwillig anzunehmen, um die Wandelung zum Vollzuge zu bringen. Dann könne er zur Wiedererlangung seiner Kaufsache wenigstens den durchgreifenden Wandelungsanspruch geltend machen.

Flechtheim geht weiter. Auf Grund seiner früheren Behauptung, dass der Verkäufer nur gegen Anbietung der Kaufsache in die Wandelung zu willigen verbunden sei, meint er, dass der Käufer auch bei Vorschützung der Einrede die Sache anbieten müsse, und so der Verkäufer schon jetzt Gelegenheit habe, seine Sache wiederzubekommen.

---

[1]) Vgl. Protokolle S. 679, Flechtheim a. a. O. S. 83.

[2]) Vgl. Planck zu § 478 Note 3a, Flechtheim a. a. O. S. 93, auch Werner a. a. O. S. 338.

Beide Versuche, dem Verkäufer zu Hilfe zu kommen, sind m. E. missglückt.

Es ist bereits früher gezeigt, dass die Wandelungseinrede keine prozessuale Durchführung der Wandelung bezweckt.[1]) Natürlich ist sie selber dann auch kein Verlangen auf den prozessualen Vollzug der Wandelung.

Man kann aber auch nicht sagen, dass in der Wandelungseinrede mittelbar ein Antrag des Käufers auf ausserprozessualen Vollzug der Wandelung zum Ausdruck komme,[2]) den der Verkäufer durch friedliche Annahme zustande bringen könne. Denn, wie Staffel treffend bemerkt, hat der Käufer ja kein Interesse daran, dass die Wandelung vollzogen wird; ihm genügt es vollständig, wenn der Verkäufer mit seiner Kaufpreisklage abgewiesen wird.[3]) Dies Ziel erreicht er durch das prozessuale Mittel der Einrede, ohne dass der Kauf aufgehoben wird. Wozu sollte er also in der Einrede zugleich den Wunsch nach Vollzug der Wandelung ausdrücken wollen?

Dass man, selbst wenn man in der Einrede eine Wandelungsofferte sähe, nicht zu der Flechtheimschen Folgerung gelangen könnte, geht bereits aus früher Gesagtem hervor.[4])

Staffel schlägt nun noch eine andere dem Verkäufer günstige Vermittlung vor, die mit der hier vertretenen Auffassung der Einrede nicht disharmoniert.[5]) Er geht davon aus, dass die Einrede zu einer Vernichtung des Kaufvertrages direkt nicht führt, fügt aber hinzu, dass dieser, wenn das nach der Einrede ergangene Urteil in Rechtskraft übergehe, so gut wie beseitigt sei. Denn, da man es mit einem gegenseitigen Vertrage zu thun habe, und der Anspruch des Verkäufers durch das rechtskräftige Urteil für immer entkräftet sei, so sei damit auch

---

[1]) Siehe oben S. 25 ff.
[2]) Siehe Anm. 2 S. 43.
[3]) Vgl. Staffel a. a. O. S. 674.
[4]) Vgl. oben S. 41 ff.
[5]) Vgl. Anm. 3.

der ihm korrespondierende Gegenanspruch des Käufers hinfällig geworden. Diesen Zustand könne man wie eine Wandelung ansehen und dem Verkäufer dann auch den Wandelungsanspruch zur Rückgewinnung seiner Sache gewähren.

M. E. ist auch dieser Vorschlag zu Gunsten des Verkäufers nicht annehmbar. Wenn auch praktisch der Kaufvertrag alle seine Wirkung verloren hat, so ist das im Sinne des Gesetzes noch keine Wandelung. Denn Wandelung kommt nur zustande, „wenn sich der Verkäufer auf Verlangen des Käufers mit ihr einverstanden erklärt hat." (§ 465). Davon ist aber hier nicht die Rede.

Es bleibt dem Verkäufer danach nur der Kondiktionsanspruch. Wir können für dies unbillige Ergebnis nur die Mehrheit der II. Kommission verantwortlich machen. Im Schosse derselben wurde von einigen Mitgliedern bereits auf dasselbe hingewiesen und die Aufnahme einer eigenen dem Verkäufer günstigen Bestimmung gefordert. Die Mehrzahl hielt aber die Bedenken der anderen für unbegründet und lehnte ihre Forderung ab.[1])

§ 10.

d) Verjährung des Wandelungsanspruches.

Interessant ist die Anwendung der Verjährungsvorschriften auf die Vertragstheorie. Man kommt nämlich zu dem anfangs sonderbar erscheinenden Resultat, dass der Anspruch auf die Durchführung der Wandelung der gewöhnlichen 30jährigen Verjährung unterliegt. Denn der als Gegenstand der kurzen Verjährung in § 477 genannte Anspruch auf Wandelung ist nur der Anspruch auf den Vertragschluss, nicht auch der aus dem Vertrage.[2])

---

[1]) Vgl. Protokolle S. 679.

[2]) Vgl. oben S. 4 und Windscheid-Kipp a. a. O. S. 657, Matthiass a. a. O. S. 208.

Nun wird ja, wie schon an anderer Stelle erwähnt,[1]) selten vorkommen, dass der Käufer den zweiten Anspruch erst nach dem ersten und nicht zugleich mit diesem erhebt, sodass die Frage praktisches Interesse kaum hat. Theoretisch ist aber der Fall durchaus denkbar, und Matthiass hat die 30jährige Verjährung des Leistungsanspruches als eine widerspruchsvolle Erscheinung und unannehmbare Folge der Vertragskonstruktion bezeichnet.[2])

Diesem Vorwurf kann ich mich nicht anschliessen. Denn worin besteht denn der Grund der ausnahmsweise kurzen Verjährung bei der Wandelung? Unbestritten darin allein, dass die Ermittelung, ob Mängel schon zur Zeit der Uebergabe der Sache vorhanden gewesen sind, nach Verlauf längerer Zeit schwierig, ja kaum durchführbar wird, und dass ein Zurückgreifen auf die Mängel noch nach längerer Zeit für den Verkehr im höchsten Grade hemmend und störend wäre.[3])

Der Anspruch des Käufers gegen den Verkäufer auf Abschluss des Wandelungsvertrages stützt sich auf diese Mängel. Die Verpflichtung des Verkäufers zum Aufhebungsvertrage bemisst sich allein nach den entsprechenden Feststellungen bezüglich der Mängel. Wenn aber auf Grund dieser der Verkäufer entweder freiwillig den Wandelungsvertrag abgeschlossen hat oder durch Urteil seine Zustimmung ersetzt ist, so ist die Mängelfrage damit vollkommen erledigt. Bei der Erhebung des Anspruches auf Durchführung der Wandelung kommt einzig und allein zur Sprache, ob formell ein gültiger Wandelungsvertrag geschlossen worden ist.

Damit entfällt aber für die Verjährung dieses Anspruches aus der Wandelung vollkommen die ratio der kurzen Verjährung des Anspruches auf die Wandelung. Es ist deshalb nicht mehr als recht und billig, dass dieser Anspruch der gewöhnlichen 30jährigen Verjährung unterliegt.

[1]) Vgl. oben S. 38.
[2]) Siehe Anm. 2. S. 45.
[3]) Vgl. Protokolle S. 676.

§ 11.

e) Wandelung des Kaufes von Grundstücken.

Als unangenehme Folge der Vertragstheorie erwähnen Eccius und Matthiass, dass bei Grundstückskäufen der Wandelungsvertrag entsprechend § 313 B. G. B. der umständlichen gerichtlichen oder notariellen Beurkundung bedürfe.[1])

Bei unserer Auffassung des Wandelungsbegriffes trifft dies nicht zu. Da Wandelung nur Aufhebung des Kaufvertrages bedeutet, und die Pflicht zur Rückübertragung gesetzliche Folge, aber nicht Inhalt des Wandelungsvertrages ist, so bedarf dieser auch beim Grundstückskauf der in § 313 erwähnten Form nicht.[2])

§ 12.

f) Mangel der Geschäftsfähigkeit beim Verkäufer.

Matthiass erscheint es misslich, dass der Vertragschluss nur dann durch den Verkäufer selbständig erfolgen könne, wenn er im Moment des Vertragschlusses noch voll geschäftsfähig sei. Wenn dies nicht der Fall sei, so „versage der Anspruch auf Vertragschluss und es entständen Weiterungen, die die Erledigung der Wandelung verzögerten.“[3])

M. E. bleibt der Anspruch auf den Vertrag auch in diesem Falle bestehen. Nur muss nach allgemeiner Regel die Zustimmung des in seiner Geschäftsfähigkeit beschränkten Verkäufers ersetzt werden durch die seines gesetzlichen Vertreters, bezw. der Wandelungsanspruch und der auf Durchführung der Wandelung von vornherein gegen diesen geltend gemacht werden.

---

[1]) Vgl. Eccius a. a. O. S. 328. Matthiass a. a. O. S. 208.

[2]) Vgl. oben S. 4 und Flechtheim a. a. O. S. 73 Anm. 14a. Zu demselben Ergebnis kommt Neumann — zu § 465 Note 3a —, weil die Wandelung kein selbständiger Veräusserungsvertrag, sondern eine Beseitigung des Kaufvertrages aus einem wegen der Beschaffenheit der Sache ihm innewohnenden Grunde sei.

[3]) Vpl. Matthiass a. a. O, S. 203,

B. Die Konstruktion der Minderung.

§ 13.

1. Feststellung des Inhalts des Minderungs-Vertrages.

Ebenso wie für die Wandelung ist bezüglich der Minderung im Bürgerlichen Gesetzbuch die Vertragskonstruktion durch die §§ 462, 465, 467 zwingend festgelegt.[1])

Einer näheren Ausführung bedarf es hier nicht, weil das bei der Konstruktion der Wandelung Gesagte zum grossen Teil — mutatis mutandis — auch für die Konstruktion der Minderung gilt.

Im Folgenden sollen nur noch einige Punkte der Vertragskonstruktion hervorgehoben werden, die die Minderung allein betreffen und deshalb bei der Wandelung noch nicht zur Sprache gekommen sind.

Zweck des Minderungsvertrages ist verhältnismässige Herabsetzung des Kaufpreises unter sonstiger Aufrechterhaltung des Kaufes.

In § 472 ist eine Formel für die Berechnung der Herabsetzung genannt.

Analog der Wandelung müssen wir auch bei der Minderung den Inhalt des Minderungsvertrages von den gesetzlichen Folgen desselben scheiden. Während aber bei der Wandelung diese Trennung sich leicht vollziehen lässt, kann bei der Minderung zweifelhaft sein, ob die rechnerische Bestimmung des Minderungssatzes für den Einzelfall noch zum Inhalt oder erst zu den Folgen des Minderungsvertrages gehört.

Eine Analogie vom Inhalt des Wandelungsvertrages möchte wohl dazu führen, auch unter Minderung nur eine allgemeine Einigung über das Eintreten der Minderung überhaupt zu verstehen.

---

[1]) In der II. Kommission wurde von einer Seite angeregt, die Minderung ganz zu beseitigen. Die Mehrheit widersprach aber diesem Vorschlag, weil für die Beibehaltung derselben überwiegend praktische Gründe sprächen. Vgl. Protokolle S. 682.

Die meisten Schriftsteller haben diese Auffassung aber mit dem Bemerken abgelehnt, dass der Minderungsvertrag dann der Bestimmtheit entbehre.[1])

Diese Begründung ist jedoch m. E. nicht stichhaltig. Der Umfang der Herabsetzung ist schon gesetzlich genau genug angegeben, wenn in § 472 auch nur eine allgemeine Berechnungsformel aufgestellt ist. Denn zur Ableitung des Einzelsatzes aus dieser Formel ist keine Willenserklärung, sondern nur eine mechanische Berechnung nötig, nachdem die objektiven Werte in die Formel eingestellt sind.

Auf diesem Wege könnte man also wohl dazu kommen, die rechnerische Bestimmung des Minderungsbetrages zur gesetzlichen Folge und nicht zum Inhalt des Minderungsvertrages zu stellen.[2])

M. E. muss man sie aber aus einem anderen Grunde zum Minderungsvertrage selber hinzunehmen. Bei der Berechnung muss stets auf den vom Käufer behaupteten Mangel der Kaufsache zurückgegangen werden. Da nun, wie vorher erwähnt[3]), nur der Anspruch auf den Minderungsvertrag der kurzen Verjährung des § 477 unterliegt, der Anspruch aus der Minderung aber der regelmässigen 30jährigen, so müsste eventuell zur genauen Bestimmung des Anspruchs aus der Minderung noch nach 30 Jahren auf die Kaufsache zurückgegriffen werden. Damit würde aber die ratio der kurzen Verjährung zunichte gemacht werden.

Bei der Minderung hat Eccius noch folgenden selbständigen Einwand gegen die Vertragskonstruktion vorgebracht. Er hat behauptet, eine Anwendung der allgemeinen Vertragsgrundsätze führe bei der Minderung zu dem höchst unpraktischen Resultat, dass der Käufer, wenn er Minderung um $^1/_3$ verlange, der Verkäufer

[1]) Vgl. Planck zu § 465 Note 2, Eccius a. a. O. S. 333, Kuhlenbeck a. a. O. S. 261.

[2]) Vgl. auch Kloss a. a. O. S. 301.

[3]) Siehe oben S. 45 ff.

mit Minderung um $^1/_5$ einverstanden sei, der Richter aber nur solche um $^1/_4$ angemessen finde, mit der Klage abgewiesen werden müsse, weil hier keine vertragsmässige Einigung vorliege. [1]) Dieser Fall verhalte sich ebenso wie der, dass Kläger auf Abschluss eines Kaufes für 900 Mark klage, sich dann aber herausstelle, dass Beklagter ihm nur zu 1000 Mark zu verkaufen verpflichtet sei.

Darin hat Eccius Recht, dass in letzterem Fall die Abweisung der Klage erfolgen muss, zutreffend hat aber Flechtheim darauf hingewiesen, dass die von diesem zum Minderungsbeispiele gezogene Parallele falsch ist, weil es sich dort um ein bestimmtes Rechtsgeschäft nicht wandelbaren Inhalts, hier um ein Rechtsgeschäft handelt, dessen Inhalt im Gegenteil erst festgestellt werden soll. [2])

In dem Antrage des Klägers wird sich aber regelmässig der Wille aussprechen, den Beklagten zum Abschluss eines Minderungsvertrages zu verurteilen, wie er dem Gesetz in § 472 entspricht. [3]) Dies wird in der Regel sogar dann gelten, wenn der Kläger schon im Antrage einen bestimmten Minderungsbetrag nennt. Denn trotzdem wird er gewöhnlich mit einer richterlichen Berechnung zufrieden sein.

Deshalb werden solche Fälle, wie sie Eccius angiebt, meistenteils nicht mit einer Abweisung der Klage zu endigen brauchen.

Nur wenn der Kläger mit seiner Berechnung wirklich die einzige Art der Minderung angeben will, mit der er einverstanden ist, und der Richter dann als angemessen einen anderen Satz findet, wird er die Klage

---

[1]) Vgl. Eccius a. a. O. S. 333.

[2]) Vgl. Flechtheim a. a O. S. 77 ff.

[3]) Vgl. Windscheid-Kipp a. a. O. S. 658, Flechtheim a. a. O. S. 77, Kloss a. a. O. S. 301.

abweisen müssen, weil dann allerdings von einer Einigung nicht mehr gesprochen werden könnte. [1]) —

Der prozessual zustandegekommene Minderungsvertrag ist Endemann deshalb merkwürdig erschienen, weil, wie er meint, bei seinem Abschluss noch eine dritte Person, nämlich der Richter, mitwirke. [2])

Dies ist keine richtige Auffassung der richterlichen Thätigkeit. Beim Abschluss des Vertrages wirkt der Richter nicht mit. Er deutet den Parteien nur den Willen des Gesetzes und giebt ihnen an, welchen Vertrag das Gesetz zwischen ihnen geschlossen wissen will. [3])

---

[1]) Auch deshalb, weil dem Käufer in solchem Falle noch das Recht erhalten bleiben muss, statt der Minderung die Wandelung zu wählen. Vgl. Windscheid-Kipp a. a. O. S. 658.

[2]) Endemann a. a. O. S. 722 Anm. 13.

[3]) Vgl. Kloss a. a. O. S. 301.